This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 228 607

Digitized by Google

135

B.L. Aug 1929

HARVARD LAW LIBRARY

Received Dec 22, 1925.

Digitized by Google

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,

Landrichter.

Zweiter Band:

Geschichte des Civilprozesses.

Erstes Heft:

Der mittelalterlich-deutsche Prozeß.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1890.

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,
Landrichter.

Zweiter Band:

Geschichte des Civilprozesses.

Erstes Heft:

Der mittelalterlich-deutsche Prozeß.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1890.

Digitized by Google

DEC 22 1925

Digitized by Google

Vorwort.

Die nachstehende Darstellung des mittelalterlich-deutschen Civilprozesses mußte sich damit begnügen, diejenigen Rechtssätze zur Anschauung zu bringen, welche aus der Fülle einzelner nach Zeit und Ort verschieden gestalteter Erscheinungen als die leitenden Prinzipien hervortraten. Der Verfasser erblickte dabei seine Aufgabe darin, die zahlreichen, unsern heutigen Rechtsanschauungen fernliegenden und daher schwer verständlichen Rechtseinrichtungen des altdeutschen Prozesses nicht blos mitzutheilen, sondern als natürliche und rationelle Erscheinungen des damaligen Rechtslebens zu erklären.

Was die Eintheilung des Stoffes anlangt, so ließ sich das im Allgemeinen Theile (Bd. I) aufgestellte System auch hier durchführen, ohne die Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung zu vernachlässigen.

Die weiteren Hefte des historischen Theiles werden in nicht ferner Zeit nachfolgen.

Gleiwitz, den 11. Juni 1890.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Seite.

Einleitung. 1

1. Uebersicht über die Entwicklung des altdeutschen Gerichtsverfahrens. § 1 1

2. Quellen und Literatur des altdeutschen Prozeßrechts. § 2. 3

A. Die Gerichtsverfassung.

1. Von der ältesten Zeit bis zum Sachsenspiegel (ca. 1230) § 3—5. 8

A. Die weltliche Gerichtsbarkeit. 12

I. Staatliche Gerichte. 12

a. Die Gerichte angestellter Richter. § 6—15. . . . 12

b. Das Königsgericht. Reichshofgericht. § 16—17 . 21

II. Nichtstaatliche Gerichte. § 18—21. 24

B. Die geistliche Gerichtsbarkeit. § 22. 28

2. Die spätere Entwicklung bis zur Errichtung des Reichskammergerichts (1495). § 23—27 . . . 29

B. Der Prozeß.

1. Die Abgrenzung des Prozeßrechts gegen andere Gebiete. § 28—29. 34

2. Die Grundsätze des Prozeßrechts. 35

A. Der Prozeß als Rechtsverhältniß. 35

I. Die Prozeßsubjekte. § 30. Die Parteien. § 31—32. Vertreter und Beistände der Parteien. § 33. . . . 35

II. Die Prozeßhandlungen. 39

A. Die Prozeßhandlungen an und für sich 39

a. Handlungen der Parteien 39

aa. Inhalt der Parteienthätigkeit.

α. Der Prozeßbetrieb. § 34. Die Prozeßbegründung. § 35. Die Prozeßerledigung. § 36. 39

β. Die Prozeßverhandlung oder die Stoffvorlage. 42

1. Das Verfahren bis zum Endurtheil. § 37—40. a. Klage um Schuld. § 41. b. Klage um Gut. § 42—46. . . 42

2. Das Vollstreckungsverfahren. § 47 bis 52. 70

bb. Die Form der Parteihandlungen. § 53—54. 80

b. Die Handlungen des Gerichts.

aa. Inhalt der richterlichen Thätigkeit. § 55—57. 85

bb. Form der richterlichen Thätigkeit. § 58—59. 97

B. Das wechselseitige Verhältniß von Parteien- und Richterhandlungen 98

a. Die Parteihandlungen. § 60—63. 98

b. Die richterlichen Handlungen. § 64—65. . . 105

B. Der Gang des Verfahrens. 107

I. Reihenfolge der Handlungen. § 66—69. . . . 107

II. Ort und Zeit. § 70—73. 116

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

1. Uebersicht über die Entwicklung des altdeutschen Gerichtsverfahrens.

§ 1. Die älteste Quelle für die Kenntniß des altgermanischen Gerichtsverfahrens ist die zwischen 486 und 496 n. Chr. entstandene Lex Salica. Sie bildet den Abschluß der vorangegangenen Rechtsentwicklung*) und zeigt uns als Ergebniß derselben ein geordnetes Verfahren zur Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche, aber ein Verfahren, dessen Ordnung darin besteht, daß es die Ausübung des privaten Zwanges unter die Aufsicht des Gerichts, d. i. der Allgemeinheit, stellt.

Hieraus erklärt sich, daß das Verfahren von dem unbeschränktesten Parteibetriebe beherrscht ist, das Gericht dagegen der Macht unmittelbaren Zwanges und daher unmittelbaren Eingreifens in das Verfahren entbehrt, ja daß die wichtigsten Parteihandlungen sich außerhalb des Gerichts vollziehen. Was die fehlende richterliche Zwangsgewalt zum Theil ersetzt, ist die verpflichtende Kraft der Form, in die die Parteihandlung sich zu kleiden hat und mit welcher ausgerüstet sie Gegenpartei und Gericht zu prozessualischem Handeln nöthigt. Daher besteht denn die Aufgabe des Gerichts nicht darin, den entscheidenden Ausspruch über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des klägerischen Rechts zu thun, sondern nur darin, die Norm festzusetzen für die nun wieder eintretende Thätigkeit der Parteien. Denn das Urtheil geht der Beweisführung voran, es ist Beweis- und zugleich bedingtes Endurtheil, es bestimmt die Person, die Art und die

---

* Sohm: Prozeß der Lex Salica. 1867. Vorrede p. V.

Digitized by Google

Zeit der Beweisführung und spricht aus, was im Falle des Gelingens oder Mißlingens des Beweises Rechtens sein solle, überläßt es aber den Parteien, sich nunmehr durch Vertrag zur Führung und Entgegennahme des Beweises und zur Befriedigung oder Aufgabe des erhobenen Anspruchs zu verpflichten. Der Beweis bezweckt keineswegs, den Richter von der Wahrheit einer Thatsache durch Anregung seiner Urtheilsfähigkeit zu überzeugen, sondern gegenüber dem Prozeßgegner die für den Beweis ein für alle Male bestimmte Form zu erfüllen. Ist der Vertrag geschlossen und der Beweis erbracht, so wird nicht etwa das Urtheil, sondern die Vertragspflicht durch Privatpfändung zur Geltung gebracht; wird der Vertragsschluß verweigert, so wird schließlich der allerdings wirksame, immerhin aber mittelbare Zwang der Friedloslegung in's Werk gesetzt.

Die Grundanlage dieses heute schwer verständlichen Verfahrens, die Herrschaft des Formzwanges und des Parteibetriebes, hat sich als Eigenthümlichkeit des mittelalterlich-deutschen Gerichtsverfahrens bis zu seinem Untergange erhalten. Es giebt daher kaum etwas irrigeres als die noch heute verbreitete Vorstellung, als seien die Rechtsangelegenheiten der Deutschen im Mittelalter in patriarchalischer Weise nach freiem, billigem Ermessen mehr ausgeglichen, als entschieden worden*). Indessen war dieses Verfahren fortbildungs-fähig und -bedürftig und die Entwicklung konnte kein anderes Ziel verfolgen als die Abschwächung des Extrems. Sie ist ausgegangen von dem erstarkten fränkischen Königsthum, das durch seine Gesetzgebung, die Capitularien, eine Kräftigung der richterlichen, weil königlichen Macht anstrebte und erreichte. So tritt denn neben die früher Alles beherrschende Macht der Partei ein gewisses Maß richterlicher Zwangsgewalt, die Handlungen der Parteien werden gerichtliche Handlungen, das Gericht wirkt nicht mehr blos auf Parteiverträge hin, sondern entscheidet den Prozeß, ja es läßt sich eine wenn auch langsame, so doch stetige, aber nicht zum Abschluß gelangte Entwicklung verfolgen, die den Beweis aus einer reinen Formsache zu einer auf die richterliche Denkthätigkeit einwirkenden Argumentation machen will. Hier lag aber auch für das altdeutsche Verfahren der Keim des Verfalls. Die alten Beweis-

*) S. darüber Brunner, Entstehung der Schwurgerichte. S. 43.

Digitized by Google

mittel hatten von der Macht, mit der sie ehedem die Gemüther beherrschten, viel verloren, wollte man aber auf den kritischen Verstand des Richters einwirken und ihn in Wahrheit überzeugen, so bedurfte es einer Umgestaltung nicht blos des Beweisrechtes, sondern der gesammten Verfahrens-Grundsätze. Dem Bedürfnisse einer solchen prinzipiellen Umgestaltung kam der römisch-italische Prozeß entgegen, der bei seiner Aufnahme in die deutschen Gerichte den altdeutschen Prozeß verdrängte.

Neben dem formalen Prozesse der Volksrechte, der die von der fränkischen Gesetzgebung eingeführten Aenderungen in sich aufnahm, ohne seine Grundanlagen aufzugeben, entwickelte sich im Königsgericht der Franken ein durch die gesetzgeberische Macht des Königs von dem Formenzwange des jus strictum entbundenes, die Billigkeit zur Richtschnur erhebendes und deshalb mit dem Grundsatze unbeschränkten Parteibetriebes wenig verträgliches Verfahren. An dieses knüpfte die normannisch-englische Rechtsentwicklung an, während es in Folge des Zusammensturzes des fränkischen Reiches in Deutschland überhaupt niemals in Aufnahme kam.*)

2. Quellen und Literatur des altdeutschen Prozeßrechts.

§ 2. I. Der Umstand, daß sich das gerichtliche Verfahren allmählich aus einer reinen Privatthätigkeit der Parteien herausentwickelte, daß vor der Gerichtsgemeinde nicht blos gestritten, sondern auch jedes wichtigere Rechtsgeschäft geschlossen wurde, war der Erkenntniß des Gegensatzes, der zwischen materiellem und Prozeßrecht besteht, hinderlich. Es gab daher weder besondere, das Prozeßrecht ausschließlich behandelnde Rechtsquellen, noch fand innerhalb der Rechtsaufzeichnungen eine Scheidung des Stoffes nach Materien statt. Die Quellen, aus denen man die Kenntniß des altdeutschen Rechts überhaupt schöpft, sind deshalb zugleich die Quellen des Prozeßrechts. Dieser Umstand macht hier eine Besprechung dieser Quellen nach Ursprung, Alter, Inhalt, Ein-

*) Brunner: Entstehung der Schwurgerichte. S. 60—62.

Digitized by Google

theilung unnöthig.*) Es seien nur folgende Bemerkungen gestattet.

Für die Kenntniß der älteren Perioden des Prozeßrechts fließen die Quellen verhältnißmäßig reichhaltig. Die Volksrechte (leges barbarorum) enthalten zahlreiche prozeßrechtliche Bestimmungen, die zwar, wie erwähnt, keine zusammenhängende Darstellung des Gerichtsverfahrens geben, aber bei Zuhilfenahme der vorhandenen Formelsammlungen und bei vergleichender Heranziehung nordgermanischer Rechtsquellen doch eine ziemlich sichere Kenntniß des ältesten Prozesses ermöglichen. Unter den Volksrechten nimmt wiederum die Lex Salica die wichtigste Stelle ein, und die hier am häufigsten in Betracht kommenden Formeln sind zusammengestellt in den Monumenta Germaniae sectio V (von Zeumer) und in de Rozière: recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs. 3 Bde. Paris 1859—71. Hierzu traten die Gesetze der fränkischen Könige (capitula oder capitularia). Diese Quellen reichen bis zur Theilung des fränkischen Reiches. Von diesem Zeitpunkt bis gegen die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts fließen die Quellen außerordentlich spärlich. Die Fortbildung des Prozeßrechts wird in dieser Zeit fast ausschließlich der Gerichtspraxis überlassen, welche zwar auf den Satzungen der fränkischen Zeit fußte und die wesentlichen Grundsätze überall festhielt, im einzelnen aber doch zu vielen Sonderbildungen führte.

Im 13. Jahrhundert beginnt mit dem Sachsenspiegel eine Periode außerordentlichen Quellenreichthums. Ueberall macht sich gegenüber der steigenden Ungewißheit des Rechts das Bedürfniß geltend, die bisherige Rechtsübung aufzuzeichnen und damit nicht nur den Schöffen Belehrung über das, was wirklich Recht sei, sondern auch diesem selbst eine gewisse Einheitlichkeit zu geben. Zuerst sind es nur Privatarbeiten, die jenem Bedürfnisse gerecht werden, ganz besonders der v. Eike von Repgau, einem anhaltinischen Schöffen, zwischen 1215 und 1235 verfaßte Sachsenspiegel, der außerordentliches Ansehen gewann**) und vorzugsweise in Norddeutschland, aber auch in Süddeutschland Anregung und Grundlage der hier

*) Es sei in dieser Beziehung auf die Hand- und Lehrbücher der deutschen Rechtsgeschichte verwiesen, ferner auf das Werk: Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen. 2 Bde. 1860—1864.

**) Hier citirt mit Sp. (sächs. Landrecht), dann folgt die Zahl des Buches, darauf die des Artikels und die des §.

Digitized by Google

noch in demselben Jahrhundert abgefaßten Rechtsaufzeichnungen des Deutschenspiegels und des Schwabenspiegels wurde. Alle diese Arbeiten stehen noch auf dem früheren Standpunkte einer systemlosen Nebeneinanderstellung von materiellem Recht und Prozeß.

Erst im zweiten Viertel des 14. Jahrhunderts vollzog sich hier eine Scheidung, indem der brandenburgische Hofrichter Johann von Buch auf Grund des Sachsenspiegels zwei für die Gerichtspraxis bestimmte Arbeiten über das gerichtliche Verfahren schrieb: den Richtsteig Landrechts und den Richtsteig Lehnrechts. Aehnliche, aber minder wichtige Arbeiten sind die Cautela und Premis des Hermann v. Oesfeld aus der Mitte des 14. Jahrhunderts.

Von hervorragender Wichtigkeit für die Kenntniß des Prozesses sind die zahlreichen Stadtrechte, die Sammlungen von Urtheilen und Weisthümern, von Gerichtsformeln und schließlich die Hof- und Dienstrechte.

Etwa seit der Mitte des 15. Jahrhunderts macht sich der römischrechtliche Einfluß geltend. Die unter diesem Einflusse stehenden Rechtsquellen können daher für die Kenntniß des mittelalterlich-deutschen Prozeßrechts nicht mehr herangezogen werden.

II. Die Literatur des mittelalterlich-deutschen Prozesses sieht sich gegenüber der Reichhaltigkeit der Quellen und der vielen territorialen Verschiedenheiten zumeist auf die Behandlung einzelner Zeitperioden oder einzelner Quellenkreise beschränkt. Darstellungen der gesammten Entwicklung des Prozesses während der ganzen in Betracht kommenden Zeit und innerhalb des gesammten in Betracht kommenden Ländergebietes enthalten nur die Hand- und Lehrbücher der deutschen Rechtsgeschichte, besonders:

K. F. Eichhorn: deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 5. Aufl. 1843—44. Walter: deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1857. Zöpfl: deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 4. Aufl. 1871—72. v. Schulte: Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte. 5. Aufl. 1881. Siegel: deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1889. Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1887—89. Brunner: deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I. 1887 (mehr bis jetzt nicht erschienen). Von demselben ist der Abriß in v. Holtzendorffs Encyklopädie. Alle diese Werke sind bestrebt, ein Gesammtbild der

Digitized by Google

Entwicklung des deutschen Rechts zu geben. Ausschließlich dem Prozeßrecht gewidmet sind die Werke von Rogge: Ueber das Gerichtswesen der Germanen. 1820. Georg Ludwig Maurer: Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayrischen öffentlich-mündlichen Gerichts-Verfahrens, dessen Vortheile, Nachtheile und Untergang in Deutschland und in Bayern insbesondere. 1824. Dieses Werk ist zwar in vielen Punkten durch neuere Forschungen überholt, trotzdem aber noch sehr werthvoll. Siegel: Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. 1857. Nur Bd. I. erschienen, der die älteste Zeit behandelt. C. G. Homeyer: Der Richtsteig Landrechts. 1857, behandelt von S. 410—521 das Gerichtswesen des Richtsteigs systematisch, zum Theil durch Verweisungen auf diese Quelle. v. Bethmann-Hollweg: der Civilprozeß in geschichtlicher Entwickelung. Bd. IV (1868) der germanisch-romanische Civilprozeß vom 5.—8., Bd. V. (1871) der germ.-rom. Civilprozeß vom 8.—11. Jahrhundert, behandelt die älteste Periode nach den Volksrechten und den leges Romanae, ferner die karolingische Periode und die Entwicklung des Prozesses in Italien. Sohm: der Prozeß der Lex Salica 1867, behandelt nur diese Rechtsquelle, zieht aber andere Volksrechte zur Vergleichung heran, endlich Planck, welcher in dem umfangreichen, auf gründlichstem Quellenstudium beruhenden, hervorragenden Werke: das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen. 2 Bde. 1879. sich auf die sächsischen Rechtsquellen des 13. und 14. Jahrhunderts beschränkt. Kühns: Geschichte der Gerichtsverfassung und des Prozesses in der Mark Brandenburg vom 10. bis zum Ablauf des 15. Jahrhunderts. 2 Bde. 1865—67.

Die Gerichtsverfassung behandeln außer diesen Werken noch: Unger: die altdeutsche Gerichtsverfassung. 1842. Sohm: die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung. 1871. Franklin: das Reichshofgericht im Mittelalter. I. 1867. II. 1869. Schröder: die Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte (germ. Abth.) Bd. 18 S. 1 ff. Waitz: deutsche Verfassungsgeschichte, in 8 Bänden von verschiedenen Auflagen.

Digitized by Google

Außer zahlreichen Monographien und einzelnen Abhandlungen, die an einzelnen Stellen werden angeführt werden, sei noch auf folgende Werke verwiesen, die für die Kenntniß des mittelalterlichen Prozesses unerläßlich sind. Es sind dies:

Hänel: das Beweissystem des Sachsenspiegels. 1858.
v. Bar: das Beweisurtheil des germanischen Prozesses. 1866. Planck: die Lehre vom Beweisurtheil. 1848. Laband: die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsbüchern. 1869. Brunner: Entstehung der Schwurgerichte. 1872. Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885. Sehr werthvoll ist auch Pertile: storia del diritto italiano. Vol. VI. 1887.

Digitized by Google

A. Die Gerichtsverfassung.

1. Von der ältesten Zeit bis zum Sachsenspiegel (ca. 1230).

§. 3. Die spärlichen Nachrichten, die wir über das älteste Gerichtswesen der Deutschen besitzen, zeigen uns einmal, daß die Handhabung der Rechtspflege Aufgabe des Hundertschaftsfürsten, und zweitens, daß die Rechtskraft seiner Richterhandlungen von der Zustimmung der Hundertschaft, d. i. der Gerichtsgemeinde, abhängig war.*)

In diesem Rechtszustande sind die Keime der späteren Entwicklung enthalten. Damit ein Urtheil zu Stande komme, haben der Hundertschaftsfürst als Richter und die Hundertschaft als Gerichtsgemeinde zusammenzuwirken, jedem Theile aber ist eine besondere Funktion übertragen: der Richter hat das Urtheil zu finden und vorzuschlagen und dann mit der Gemeinde zu berathen (consilium), deren Zustimmung den Vorschlag zum Beschluß erhebt (auctoritas).

Neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit des Hundertschaftsthings (thing, Ding = Versammlung) stand die konkurrirende außerordentliche Gerichtsbarkeit des Landthings.**) Tacitus (Germania c. 12) berichtet ausdrücklich: licet apud concilium accusare quoque et discrimen capitis intendere. Daß dieses Gericht zur Entscheidung bestimmter Rechtsangelegenheiten ausschließlich zuständig gewesen sei, steht nicht mit Sicherheit fest, jedenfalls urtheilte es nur über Verbrechen.

---

*) Caesar de bello Gallico VI, 23: principes regionum atque pagorum inter suos jus dicunt controversiasque minuunt. Tacitus Germania c. 12: eliguntus in iisdem conciliis (nämlich den allgemeinen Landesversammlungen) et principes, qui jura per pagos vicosque reddunt, centeni singulis ex plebe comites consilium simul et auctoritas adsunt.

**) Schröder: Deutsche Rechtsgeschichte S. 35. Brunner: Deutsche R.-G. 1 S. 129 f.

Digitized by Google

§ 4. Eine Aenderung dieses Rechtszustandes mußte eintreten, als in Folge der Ereignisse der Völkerwanderung der Geschlechterstaat mit seinem souveränen Landesthing sich in das Königthum umbildete. Fortan erblickte man die Quelle alles Rechts und zugleich den Beschützer des von ihm ausgehenden Friedens und Rechts nicht mehr im Landesthing, sondern im Könige.*) Der König wurde alleiniger Inhaber der Gerichtsgewalt, des sog. Gerichtsbannes. Damit Recht gesprochen werden könne, bedarf es einer Uebertragung des Bannes vom Könige auf den Richter.

Aber hinsichtlich der Befugnisse des Richters gehen die Auffassungen auseinander. Während nämlich bei einzelnen deutschen Stämmen dem Richter die gesammte Fülle von Rechten übertragen wird, die ursprünglich unter dem Hundertschaftsfürsten und der Gemeinde getheilt war, wird anderwärts die richtende Gewalt (der Bann) von der Urtheilsfindung (dem thuom) geschieden, so zwar daß der Richter nur den Bann ausübt, die Urtheilsfindung aber der Gerichtsgemeinde gebührt.

Die erstere Auffassung hat sich insofern aus der ursprünglichen Einrichtung entwickelt, als nach ihr die Funktion der Urtheilsfindung dem Richter verblieben, während die Nothwendigkeit einer Zustimmung der Volksgemeinde zu dem von ihm gefundenen Urtheile fortgefallen ist. Wahrscheinlich haben römische Einflüsse in gleicher Richtung gewirkt.

So urtheilt bei den Burgundern der königliche Graf (comes), dem im judex deputatus ein königlicher Kommissar als rechtsgelehrter Beistand dient.**) Bei den Gothen urtheilt allein der comes. Bei den Longobarden hat unstreitig an der Rechtsprechung weder die Gesammtheit des Volkes noch ein Ausschuß desselben Theil genommen, vielmehr urtheilte nur der Richter, sei es ein einzelner oder ein Kollegium, und die Anwesenheit von Gemeindemitgliedern bei den Gerichtsverhandlungen erklärt sich einfach aus der Oeffentlichkeit des Verfahrens***).

---

*) v. Sybel: Entstehung des deutschen Königthums S. 241 ff. Schröder R.-G. S. 15 ff. 35, 106 ff. Brunner R.-G. I S. 119 ff.

**) v. Sybel a. a. O. S. 382 ff. Doch sind die Ansichten über die Stellung des judex deputatus zum comes sehr getheilt. Vgl. v. Bethmann-Hollweg IV. S. 161 ff.

***) v. Bethmann-Hollweg IV S. 356—360. Brunner R.-G. S. 153. Pertile: storia del diritto VI f. 20—25.

Digitized by Google

Bei den anderen deutschen Stämmen, von deren Gerichtswesen wir Kunde haben, ist die Gemeinde nothwendiger Bestandtheil des Gerichts geblieben. Nachdem nun aber der Bann auf den Richter übergegangen war, bestand die Thätigkeit der Gemeinde in der Anhörung der Verhandlung und in der Billigung oder Mißbilligung des ihr von anderer Seite vorgeschlagenen Urtheils. Den Vorschlag aber macht jetzt nicht mehr der Richter, sondern eine hierzu besonders bestellte Person oder eine Mehrheit von solchen, während der Richter die Verhandlung leitet, das gefundene Urtheil als Rechtsbefehl verkündet und bei seiner Vollstreckung mitwirkt. Der Urtheilsvorschlag ist bei den Baiern, Alemannen, Sachsen und Friesen Sache des Gesetzsprechers (judex, êsago, êsagare, eosago, asegare von êa = Gesetz, Ordnung).* Man hat darunter ständige, entweder vom Richter ernannte oder vom Volke aus den Edelsten gewählte Gerichtsbeamte zu verstehen, welche unter dem Richter dem versammelten Volke Rechtsbelehrungen ertheilen und Urtheilsvorschläge machen**).

Im Gegensatze zu den genannten Stämmen haben die Franken eine Mehrzahl von Urtheilsfindern, ein Kollegium von sieben Rachineburgen (Rathgeber), die aus den anwesenden freien Gemeindegenossen für die einzelne Sitzung (vom Richter oder von der Gemeinde?) berufen wurden. Unter Karl dem Großen tritt an Stelle dieses wechselnden ein ständiges Urtheilerkollegium, und bei den Mittel- und Ostfriesen weicht seit dem 13. Jahrhundert der Gesetzsprecher einem Kollegium von 16 durch die Gemeinde gewählten Redjeven (Rathmännern, consules).

Sei es nun, daß das Recht im einzelnen Falle von einem Gesetzsprecher oder von einer Mehrzahl aus dem Volke auserlesener Personen gefunden wird, überall tritt an der Gerichtsverfassung der von römischem Einflusse freigebliebenen deutschen Stämme als charakteristische Eigenthümlichkeit die strenge Scheidung zwischen der

*) Merkel: der judex im bairischen Volksrechte, Zeitschrift f. R.-G. (germ. A.) Bd. I S. 131 ff. Beseler ebendas. Bd. IX S. 244 ff. Schröder das. IV S. 215. Derf. in R.-G. S. 34, 35, 167, 168. Brunner R.-G. I, S. 150, 151 u. A.

**) Lex Alam. 41, 1—3, 42, 1, Lex Bajuw. II 14—18. XVII, 5. Capit. Saxonicum a. 797, c. 4. 8.

Digitized by Google

befehlenden und der urtheilenden Thätigkeit des Gerichts, zwischen Handhabung der Gerichtsgewalt und Erkenntniß des Rechts hervor. Die erstere wird ausgeübt durch den Richter (die Gerichtsobrigkeit, den Gerichtsherrn*), dem die Macht zur Seite steht, die letztere durch das gesammte Volk oder einzelne Wissende aus dem Volke, denen die Rechtskenntniß zur Seite steht. Aufgabe jenes ist, das Recht zu stärken, Unrecht zu kränken, daher auf die Klage über geschehenes Unrecht die Findung dessen, was Recht ist, zu veranlassen, das gefundene Urtheil zum bindenden Rechtsgebot zu erheben und dieses Gebot im Wege des Zwanges durchzusetzen; Aufgabe dieser ist die Auffindung dessen, was im einzelnen Falle Recht ist, die Schaffung des Rechtsinhaltes für den vom Richter auszusprechenden Rechtsbefehl.

Die richterliche Zwangsgewalt hieß Bann,**) ein Wort, das die Berechtigung zu Geboten und Verboten und zur Festsetzung von Strafen für die Nichtbeachtung des Befehls bezeichnet. Das Bannrecht stand in der Zeit, von der hier die Rede ist, nur dem Könige zu, es gab ihm die Befugniß, Verordnungen zu erlassen, die dem Volksrecht nicht widersprachen, und mittelst der Strafgewalt Gehorsam gegen seine Anordnungen zu erzwingen. Im Bannrechte lag die Gerichtsgewalt, der Gerichtsbann d. h. die Befugniß zu richterlichen, konkrete Angelegenheiten erledigenden Anordnungen und zu Straffestsetzungen bis zu 60 Schillingen. Sollte diese Gerichtsgewalt von dem vom Könige bestellten Richter ausgeübt werden, so bedurfte es der Bannleihe d. h. der Uebertragung des Königsbannes auf den Richter.

§ 5. Jene Gliederung wahrte die Unabhängigkeit und Volksthümlichkeit der Rechtsfindung. Selbst im Königsgericht, in welchem der König selbst das Richteramt ausübte, konnte von dem, was man später mit dem Namen Kabinetsjustiz bezeichnete, d. h. von einer Beeinflussung der Rechtsprechung durch besondere, vom Machthaber verfolgte Zwecke, nicht die Rede sein, weil der Richter nicht urtheilte. Dem aber, was

*) Richter = Richt-Herr, s. Stölzel: Brandenburg-Preußens Rechtsverfassung S. 25.

**) Schröder R.-G. S. 34—86, 115 ff. Friderici II Statutum (curia Sibidati) a. 1232. Monum. Germ. Leges II 291 ff. Sp. I 59. III 64 § 4. Schwabensp. c. 75.

Digitized by Google

man einmal als Recht erkannt hatte, wurde dadurch, daß die Obrigkeit das gefundene Urtheil als einen von ihr ausgehenden Befehl verkündete, auch die ganze Fülle obrigkeitlicher Macht zur Verfügung gestellt.

Die hier beschriebene Scheidung der gerichtlichen Funktionen ist in der Gestaltung, die sie im fränkischen Reiche angenommen hatte, von Karl dem Großen in dem von ihm beherrschten Ländergebiete ausgebreitet worden und hat sich in Deutschland bis zur Aufnahme des römisch-italischen Prozesses erhalten. Es bedarf daher bei Darstellung der mittelalterlich-deutschen Gerichtseinrichtungen einer eingehenden Berücksichtigung der fränkischen Institutionen.

Da indeß das Mittelalter schon früh neben der weltlichen eine geistliche Gerichtsbarkeit kennt, so müssen bei Besprechung der Gerichtsverfassung diese Gegensätze einander gegenübergestellt werden. Die weltliche Gerichtsbarkeit wiederum ist entweder eine staatliche oder eine nicht staatliche; erstere aber wird vom Könige oder von anderen Personen Namens des Königs ausgeübt.

A. Die weltliche Gerichtsbarkeit.

I. Staatliche Gerichte.

a. Die Gerichte angestellter Richter.

§ 6. Zur Zeit der Lex Salica war die Rechtsprechung Sache der Gemeinde, die Handhabung der Exekutivgewalt aber ein Zweig der königlichen Verwaltung.

Das ordentliche Gericht war wie zu den Zeiten des Tacitus das Hundertschaftsgericht; in diesem richtet, allerdings schon unter Königsbann, der in der Landesversammlung vom Volke gewählte thunginus. Den Urtheilsvorschlag bringen ein die Rachimburgen, d. i. ein Ausschuß von sieben Mitgliedern der Gerichtsgemeinde, welche in dem für das Gericht abgesteckten Raume sitzen. Die Gemeinde selbst betheiligt sich an der Rechtsprechung, indem sie, die Gerichtsstätte (mallus, mallobergus) umstehend*) dem vorgeschlagenen Urtheile ihre Zustimmung (die volbort, das Vollwort) ertheilt oder versagt.

*) Daher der „Umstand" genannt.

Digitized by Google

Da diesem Volksgericht die Exekutivgewalt fehlt, so stehen dem Richter königliche Verwaltungsbeamte zur Seite, nämlich die sacebarones (sagibarones), vom Könige ernannte Beamte, die mit der Einziehung der an den König zu zahlenden Friedensgelder betraut sind, und ferner der Graf, der vom Könige für den ganzen, mehrere Hundertschaften umfassenden Gau bestellte Administrativbeamte, welchem die Vollstreckung der vom Volksgerichte gesprochenen Urtheile obliegt.

Das Gericht (thing, Versammlung) ist entweder echtes (mallus legitimus, d. i. ungebotenes) oder gebotenes Gericht. Das erstere tritt ohne vorherige Ansage nach jedesmal 40 Nächten zusammen, während das gebotene Gericht nach Bedürfniß vom thunginus berufen (geboten) wird.

Dingpflichtig, d. h. zur Mitwirkung bei der Rechtspflege verpflichtet, ist jeder mündige, der Hundertschaft angehörige Freie. Kraft dieser Pflicht liegt ihm insbesondere ob, sowohl im echten als im gebotenen Gericht zu erscheinen und dort, sei es als Nachimburge, sei es im Umstande, beim Zustandekommen der Urtheile des Gerichts thätig zu werden.

§ 7. Diese Gerichtsorganisation erfuhr unter den fränkischen Königen vor Karl dem Großen erhebliche Aenderungen.

Bald nach Abfassung der Lex Salica verschwindet der thunginus, an seine Stelle tritt in der Person des Grafen der königliche Beamte, m. a. W.: der Graf, der bisher nur Verwaltungsbeamter gewesen war, übt von jetzt an im Auftrage und im Namen des Königs innerhalb des Gaus auch das Richteramt aus. Gleichwohl findet keine Vereinigung aller zum Gau gehörigen Hundertschaftsgemeinden zu einer einzigen Gau-Gerichtsgemeinde statt, es bleiben vielmehr die alten Hundertschaften nach wie vor Gerichtsgemeinden, aber jede einzelne Hundertschaft ist nunmehr unter dem Vorsitze des für den ganzen Gau bestellten, die einzelnen Hundertschaften bereisenden Grafen zuständiges Gericht für die gesammte Grafschaft.

Während die Funktionen des thunginus auf den Grafen übergegangen sind, hat sich zwar nicht der Name, aber doch das Amt des sacebaro erhalten. Derselbe heißt jetzt centenarius, sculdasius, sculdahis, Schultheiß, er wird nach vorgängiger Wahl der Gemeinde durch den König oder Namens desselben durch

Digitized by Google

den Grafen ernannt und ist ein unter dem Grafen stehender königlicher Beamter, dem nunmehr auch die Vollstreckung der Urtheile obliegt.

Der Gegensatz von echtem und gebotenem Ding bleibt bestehen; nach wie vor wird nach Ablauf einer bestimmten Frist, die sich von 40 Tagen auf volle sechs Wochen erweitert, also jährlich acht bis neun Male, das echte Ding für den Gau abgehalten, so zwar daß dasselbe in jeder Hundertschaft etwa zwei bis drei Male im Jahre stattfindet. Die Dingpflicht bleibt eine alle mündigen Freien treffende, zum Besuch des echten wie des gebotenen Dinges zwingende Unterthanenpflicht.

§. 8. Eine weitere Reform der Gerichtsverfassung ist von Karl dem Großen um das Jahr 775 getroffen worden.

Diese bestand darin, daß er

1. den bisher nur für die einzelne Sitzung berufenen, daher dem Wechsel unterworfenen Rachimburgenausschuß zu einem ständigen Kollegium machte, und daß er
2. die Dingpflicht der Gemeindegenossen milderte.

Jene erste Aenderung knüpft nur an die bestehende Einrichtung der Urtheilerausschüsse an und erhebt den thatsächlichen Zustand zum Gesetz. Denn unzweifelhaft waren auch bisher schon regelmäßig dieselben Personen zu Urtheilern ernannt oder als Schiedsrichter angerufen worden.*) Es wurde nunmehr aber die Anordnung getroffen, daß die Königsboten (missi dominici) oder die Grafen unter Mitwirkung der Gemeinde Urtheiler auf Lebenszeit ernennen und auf gewissenhafte Erfüllung ihrer Urtheilsfinderpflicht vereidigen sollten (jurare faciant, ut scienter injuste judicare non debeant). Der so zum scabinus (Schöffen) ernannte erlangt durch die königliche Berufung und Vereidigung die Eigenschaft eines königlichen Beamten.

Die Dingpflicht, die sich bei der Häufigkeit gebotener Gerichte für die ärmere Klasse zu einer drückenden Last gestaltet und in Folge der empfindlichen auf Verletzung der Pflicht gesetzten Strafen manchen Grundbesitzer zur Veräußerung seines Besitzes genöthigt hatte, milderte Karl der Große durch die Bestimmung, daß die Gemeindemitglieder

*) Stölzel: Entwickelung des gelehrten Richterthums ꝛc. 1872 S. 238.

Digitized by Google

nur noch das echte Ding des Grafen zu besuchen, daß dagegen zum Erscheinen im gebotenen Gericht nur noch die für den Gau bestellten Schöffen verpflichtet sein sollten. Die Zahl der Schöffen des ganzen Gaues betrug wahrscheinlich nur zwölf. Zur Besetzung des gebotenen Gerichts gehörten aber nur sieben Schöffen. Die Dingpflicht traf also nicht stets die sämmtlichen Schöffen des Gaues.

Da die Zahl der gebotenen Gerichte groß war und die allein hier zum Urtheilen berufenen Schöffen unzweifelhaft auch im echten Dinge zuerst um ihr Urtheil gefragt wurden, so war mit der karolingischen Reform der Grund zur Entwicklung eines besonderen Schöffenstandes und zur Pflege der Rechtskenntniß innerhalb dieses Standes gelegt. Die Sorge des Königs, der Rechtsprechung eine größere Sicherheit zu geben als sie das bloße Gutdünken der Volksmasse gewähren konnte, trat auch in seinen ferneren Bestimmungen hervor: Primum namque judici discenda est lex a sapientibus populi composita (cap. a 789 c. 62) und: . . ut judices secundum scriptam legem juste judicent, non secundum arbitrium (cap. a. 802 c. 26).

Die Folge dieser Reformen mußte eine schärfere Sonderung von gebotenem und ungebotenem Gericht sein. In letzterem sind die Schöffen die alleinigen Urtheilsfinder, die etwa anwesenden Gemeindemitglieder sinken zu bloßen Zuhörern herab. In ersterem bleibt die Gemeinde nach wie vor organischer Bestandtheil des Gerichts: wie früher die Rachimburgen, so bleiben jetzt die Schöffen auf den bloßen Urtheilsvorschlag beschränkt, der nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung Seitens des Umstandes und kraft der hierauf erfolgenden Verkündung durch den Richter zum verpflichtenden Rechtsgebot wird.

Diesem Gegensatze in der Zusammensetzung der Gerichte entspricht der Gegensatz im Vorsitz. Das echte Ding kann nur unter Vorsitz des Grafen oder des von ihm bestellten Vertreters, das gebotene Gericht kann zwar selbstverständlich auch unter dem Vorsitze des Grafen tagen, doch ist in ihm jetzt regelmäßig Vorsitzender der Schultheiß. Letzterer behält im übrigen die Funktion des Urtheilsvollstreckers und ist als solcher verpflichtet, dem echten Dinge beizuwohnen.

Vor das echte Ding gehören jetzt nur noch die majores causae, d. h. die Prozesse um Freiheit und Grundeigenthum,

Digitized by Google

sowie diejenigen Strafsachen gegen Freie, welche an das Leben gingen*); es hatte feste Dingstatt und, wie gesagt, feste Dingzeit, und wird jedes Mal drei Tage hintereinander gehalten. Das gebotene Gericht ist für die leviores causae bestimmt, d. h. für die Civilprozesse um Schuld und um bewegliche Sachen, es hat weder eine bestimmte Mahlstätte, noch eine festbestimmte Zeit, noch eine festgesetzte Dauer, sondern wird nach Bedürfniß berufen und nach Erledigung seiner Geschäfte sofort aufgelöst.

§ 9. Diese Organisation der Gerichtsbarkeit wurde die Gerichtsverfassung des gesammten Frankenreiches, sie hat sich aber nach der Theilung des Reiches in den einzelnen Ländern nicht gleichmäßig erhalten. Daß das Grafenamt erblich wurde und die bischöflichen Immunitäten immer mehr an Ausdehnung gewannen, führte in Westfranken und im longobardischen Königreich, in welches nach der fränkischen Eroberung die karolingische Gerichtsverfassung gleichfalls eingeführt worden war, zur Auflösung der Grafschaftsverfassung**). In Frankreich kam es bald dahin, daß die Schöffen nur noch als Beglaubigungsmänner zu den Verhandlungen zugezogen wurden und der Centenar (Prevost) das Urtheil allein sprach, während sich in den Städten die Schöffenverfassung erhielt. In Italien wirkte an der Auflösung der Grafschaftsverfassung die zunehmende Selbständigkeit der Städte, welche eigene Gerichtsbarkeit erlangten, mit***). Ferner wurde hier der Gegensatz von Richter und Urtheilern nicht immer streng festgehalten, das Schöffenamt selbst aber wird ein meist vom Vater auf den Sohn übergehender Beruf, der eine wissenschaftliche Vorbildung erheischt (Rechtsschule zu Pavia). Denn die Aufzeichnung des longobardischen Rechts und der Erlaß zahlreicher Capitularien machten hier frühzeitig das Wissen vom Recht zu einer Kenntniß seiner geschriebenen Quellen.

Die karolingischen Einrichtungen wurden aber die Gerichtsverfassung insbesondere auch Deutschlands. Was ihrer vollständigen Durchführung hier noch auf einige Zeit hinaus

*) Cap. Aquisgran. a. 812 c. 4., a. 810 c. 2. Ferner noch nach Karl d. G. Cap. Aquisgran. 817 c. 11.

**) v. Bethmann-Hollweg V, S. 186 ff. Ficker: Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens Bd. III, S. 232 ff. Pertile storia VI, p. 32—59.

***) Hegel: Geschichte der Städteverfassung in Italien II, S. 128 ff.

Digitized by Google

Widerstand leistete, war das Institut des Gesetzsprecheramtes. Es erhielt sich bei den Alemannen und Baiern bis ins 9., bei den Friesen bis ins 14. Jahrhundert, und das Schultheißenamt der Sachsen*) ist wahrscheinlich nichts anderes als eine Umbildung des auch für Sachsen nachgewiesenen eosago**). Bei den Sachsen hat denn auch die Schöffenverfassung nicht vollständig Eingang gefunden, indem gerade in den gebotenen Gerichten, für welche im fränkischen Reiche die Befreiung von der allgemeinen Dingpflicht gewährt war, das Urtheil nicht von Schöffen, sondern von der Gerichtsgemeinde gefunden wurde.***)

§ 10. Hier in Deutschland bestanden und blieben bis zum Ende des Mittelalters als ordentliche staatliche Gerichte bestehen:

1. das Grafengericht oder Landgericht (judicium majus),
2. das Nieder- (Cent-, Go-)Gericht (judicium minus).

1. Das deutsche Grafengericht ist das echte Ding der fränkischen Gerichtsverfassung und ist hier, wie es dort war, Hundertschaftsgericht in dem Sinne, daß diejenige Hundertschaft, an deren Dingstätte das Gericht abgehalten wird, zuständig ist für die gesammte Grafschaft.†)

Richter im Grafengericht ist nach wie vor grundsätzlich der Graf. Aber in der Zeit zwischen der Ausbildung der karolingischen Verfassung und dem Erscheinen des Sachsenspiegels waren die Grafen aus königlichen Beamten zu Landesherrn geworden und hatten damit auch die Gerichtsbarkeit zu eigenem Rechte erworben. Nichtsdestoweniger blieb der Grundsatz bestehen, daß im Grafengericht nur unter Königsbann gerichtet werden dürfe. Diesen Bann erwarben diejenigen Fürsten, welche ein Reichslehn trugen, durch die Belehnung mit diesem, aber nur für ihre Person. Da nun ein jedes unter einem Landesherrn stehende Territorium regelmäßig mehrere Grafschaften umfaßte, jede Grafschaft aber

*) Nicht zu verwechseln mit dem Schultheißen der fränkischen Verfassung.

**) Schröder: Z. f. R.-G. Bd. 17 S. 228, Bd. 20 S. 1 ff. Rechtsgeschichte S. 167, 168.

***) Schröder: Z. f. R.-G. Bd. 18 S. 52.

†) Sp. I 2 § 2. Wetzell S. 375 ff. Schröder Z. f. R.-G. 18 S. 47. Rechtsgeschichte 542 ff.

Digitized by Google

ihren eigenen Grafen haben mußte, so waren die Fürsten zur Einsetzung von Vicegrafen (Vögten) genöthigt. Damit diese im echten Ding das Richteramt üben konnten, mußten sie für sich den Königsbann unmittelbar vom Könige verliehen erhalten.

Das echte Ding wird an jeder Gerichtsstätte, deren jede Grafschaft wenigstens drei umfaßte, drei Male im Jahre abgehalten, so daß also regelmäßig alle sechs Wochen Grafengericht stattfand.*)

Die Dingpflicht für das Grafengericht trifft alle in der Hundertschaft angesessenen Freien, seit etwa dem 13. Jahrhundert auch die Ministeralen**). Doch wird Urtheil gefunden nur von den Schöffen, die auf Lebenszeit ernannt und vereidigt wurden, deren Amt immer nur von freien Grundeigenthümern, in einzelnen Landestheilen nur von freien Herren bekleidet werden konnte und deren gesetzliche Zahl sieben betrug.***) Die Gerichtsgemeinde war auch in Deutschland nothwendiger Bestandtheil des echten Dinges, mit der früheren Befugniß jedes einzelnen Gemeindegenossen, das von einem Schöffen gefundene Urtheil durch den Vorschlag eines besseren Urtheils zu schelten. Nur der nicht gescholtene, also wenigstens stillschweigend gebilligte Vorschlag kann vom Richter als Urtheil „ausgegeben" werden.

Zuständig ist das echte Ding für alle Civilprozesse und Auflassungen, welche in der Grafschaft belegenes Grundeigenthum betreffen, für Freiheitsprozesse, sowie für die an Hals oder Hand oder Ehre gehenden Ungerichtsklagen.

2. Das gebotene Ding ist das Gericht des Centgrafen (Hunnen, Schultheißen), in Sachsen des Gografen. Es heißt auch Niedergericht, weil es im Gegensatze zum echten Grafending die niedere Gerichtsbarkeit, auch über die Schöffenbarfreien, ausübt d. h. Prozesse um Schuld und fahrende Habe entscheidet, und weil der Rechtszug von ihm an das Grafengericht geht.

Der Vorsitzende dieses Gerichts ist zum landesherrlichen

---

*) Sp. I 2 § 2, I 62 § 6, I 67 § 1, II 3 § 2, III 26 § 2. Richtst. Ldr. 33 §§ 3, 4. Schröder Z. f. R.-G. Bd. 18, S. 3, 4.

**) Sp. I 2 § 1, III 68 § 2, III 87 § 2. Planck G.-V. I § 10 S. 52, 53. Schröder R.-G. S. 545.

***) Nach Schwbsp. c. 148 zwölf. Vgl. Planck I § 18 S. 98 ff.

Digitized by Google

Beamten geworden,*) er übt nur landesherrliche Gerichtsbarkeit aus, dingt also nicht unter Königsbann. Seiner Ernennung durch den Grafen (Fürsten) geht gewöhnlich eine von der Gemeinde vollzogene Wahl voraus. Später wird sein Amt Gegenstand der Belehnung.**)

Was die Dingpflicht anlangt, so besteht hier innerhalb des deutschen Reiches der schon oben hervorgehobene Gegensatz, daß in Sachsen eine Befreiung des Dingvolkes von der Pflicht zum Besuch des gebotenen Dinges nicht gewährt ist, während anderwärts in Deutschland die karolingische Beschränkung der Dingpflicht auf die Schöffen Eingang gefunden hat. In Sachsen haben daher vor dem Grafen zu erscheinen sämmtliche persönlich freien Männer der Hundertschaft, unter diesen auch die Pfleghaften (freie Besitzer abgabepflichtiger Grundstücke) und die Landsassen (freie Leute, die keinen eigenen Grundbesitz haben, daher auch die Pächter und Zinsbauern).

Das gebotene Gericht fand in jeder Hundertschaft immer nach sechs Wochen, in der Grafschaft also alle 14 Tage statt.

§ 11. Während sich in den Territorien regelmäßig mehrere Grafschaften vereinigten, deren eine jede unter einem mit Königsbann ausgestatteten Grafen stand und in welchen der Fürst die Stellung eines Obergrafen einnahm, bildeten die Markgrafschaften***) je eine einzige Grafschaft und also ein einheitliches Gerichtsgebiet. Wenn es im Sachsenspiegel (III 64 § 7) vom Markgrafen heißt: ‚der dinget die sînes selbes hulden', so ist damit nicht gesagt, daß nicht auch er der Bannleihe bedürfe, sondern es ist, wie sich aus dem Zusammenhange ergiebt, nur auf den Gegensatz der gewöhnlichen Grafen, die der besondern Bannleihe bedürfen, zum Markgrafen, der mit dem Reichslehn ohne weiteres auch den Gerichtsbann empfing und zur Zeit des Sachsenspiegels

*) Henrici regis statutum in favorem principum aus dem Jahre 1231: Item centumgravii recipiant centas a domino terrae vel ab eo qui per dominum terrae fuerit infeudatus.

**) Schröder Z. f. R.-G. Bd. 18 S. 63, 64.

***) Sp. II 12 § 6. Brunner Sitzungsberichte der Wiener Akademie. Bd. 47 S. 315 ff. Kühns: Geschichte der G.-V. und des Proz. in der Mark Brandenburg. 2 Bde. Bornhak: Geschichte des preuß. Verwaltungsrechts. Bd. I. 1884. Schröder Z. f. R.-G. Bd. 18 S. 9 ff., 25. Derselbe: R.-G. S. 551 ff.

Digitized by Google

noch die Gerichtsbarkeit persönlich auszuüben pflegte, hingewiesen. Das markgräfliche Gericht ist das hohe Gericht; die niedere Gerichtsbarkeit, die anderwärts den Cent- oder Gografen zustand, wurde hier von Unterrichtern ausgeübt, die vom Markgrafen bestellt waren und in Norddeutschland Vögte, in Oesterreich Landrichter hießen.

§ 12. Zur ordnungsmäßigen Besetzung des Gerichts gehört in Deutschland ein in den Quellen mit verschiedenen Namen belegter Hilfsbeamter (Sp. III 61 § 1): der Frohnbote, Büttel, budellus, Scherge, Waibel, praeco. Sein Amt hat sich aus dem des fränkischen Schultheißen in der Weise entwickelt, daß die Funktionen dieses als Unterrichters auf den Cent- oder Gografen, seine Funktion als Urtheilsvollstreckers aber auf den Frohnboten übergingen. Zu seinen Amtsobliegenheiten gehörte auch die Ladung der Parteien und die Handhabung der Ordnung in der Gerichtsversammlung. Er wird vom Richter und den Schöffen gewählt und hat dem Könige, dessen Beamter er ist, einen Eid zu leisten (Sp. III 56 § 1). Keineswegs gilt er als Person untergeordneter Bedeutung.

§ 13. Eine ostfälische Eigenthümlichkeit ist der Schultheiß. Er gehört hier zur ordnungsmäßigen Besetzung des Gerichts,*) darf aber nicht mit dem fränkischen Schultheiß verwechselt werden. Während dieser Unterrichter war, ist der sächsische Schultheiß Beisitzer des Grafen im echten Ding; er hat, wenn der Graf Recht weigert, an seiner Statt Urtheil zu fragen; sonst gilt er als der erste Urtheiler, an den der Graf die regelmäßig bei Eröffnung des Gerichts gestellten Fragen richtet. Ez en mag chein richter, der bî Kunges banne dinget, echt ding habn âne sînen schultheizen, vor deme er sich zu rechte bieten sal; dâr umbe sal her den schultheizen des êrsten urteiles vrâgen, ab ez dinges zît sî, unde dar nâh, ab her verbîten muze dingslete unde unlust (Störung und Unaufmerksamkeit).**) Identisch mit ihm ist der holsteinische overbode.

*) Sp. III 52 § 3. S. besonders Schröder: in der Zeitschr. f. R.-G. Bd. 20 S. 1 ff.

**) Sp. I 59 § 2.

Digitized by Google

§ 14. Ein Gerichtsschreiber*) ist als amtliche Urkundsperson den ordentlichen Gerichten unbekannt. Wo ein solcher auftritt, steht er im Privatdienst des Richters oder der Schöffen; zur Gerichtsbesetzung gehört er nicht.

§ 15. Die Städte,**) die noch in der karolingischen Zeit in die Gau- und Hundertschaftsverfassung einbezogen waren, scheiden in Deutschland in allmählich fortschreitender Entwicklung aus dieser Verfassung aus und werden zu besonderen Gerichtsbezirken, indem sie entweder eine besondere Grafschaft oder innerhalb der Grafschaft eine eigene Hundertschaft bilden. Auch im letzteren Falle aber erlangten die unter einem besonderen Schultheißen stehenden Stadtgerichte die Kompetenz für Vergabungen von freiem Grundeigenthum.

Die Funktion der Urtheiler übte regelmäßig ein ständiges Schöffenkollegium, doch sind zahlreiche Beispiele von der jedes Mal neu erfolgenden Bildung einer aus den Bürgern gewählten Schöffenbank und von der Urtheilsfindung der gesammten Gerichtsgemeinde überliefert.

b. Das Königsgericht. Reichshofgericht.

§ 16. In eigener Person übt der König die Gerichtsgewalt im Königsgericht.***) Dieses Gericht war an Stelle des Landesthings getreten und unterlag, da der König sich für das von ihm gehandhabte Verfahren eigene Normen setzen konnte, vielfach vom Volksrecht abweichenden Grundsätzen. So hatte das Königsgericht insbesondere weder eine feste Dingstätte noch eine feste Dingzeit. Denn wenn es auch regelmäßig am Königshof oder in einer der Pfalzen abgehalten wurde, so war es an diese Stätten doch keineswegs gebunden, sondern folgte dem Könige auf seinen Reisen. Unter den Merowingern wurde das Gericht regelmäßig zu Anfang eines

*) Brunner: Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. 1880. S. 235 ff. Planck I S. 110 Note 29, II S. 196. 197.

**) Planck I S. 25 ff. Schröder R.-G. S. 588 ff.

***) Waitz: II S. 183 ff., IV. S. 478 ff. Barchewitz: das Königsgericht der Merowinger und Karolinger 1882. v. Bethmann-Hollweg IV S. 435 ff., V S. 18, 28. Wetzell (Sohm) C.-P. 3. Aufl. S. 843 ff. Ferner besonders Franklin: das Reichshofgericht im Mittelalter. 2 Bde. 1867—69.

Digitized by Google

jeden Monats, unter den Karolingern allwöchentlich abgehalten, später waltete hier ausschließlich das Belieben des Königs. Auch die Zusammensetzung des Gerichts war keine festgefügte. Richter in demselben war der König oder ein von ihm ernannter Stellvertreter. Seit Pipin ging die Vertretung im Vorsitz auf den Pfalzgrafen über, doch wurde diese Regel später wieder mannigfach durchbrochen, bis im Mainzer Landfrieden Friedrichs II. von 1235 ein ständiger Hofrichter (justitiarius curiae regis) eingesetzt wurde d. h. ein ständiger Stellvertreter des Königs, der nicht Richter kraft eigenen Rechts, sondern Beamter des Königs war, der darum keinen eigenen Amtssitz hatte, sondern dem Hofe des Königs folgen mußte und nicht richten durfte, wenn der König nicht im Reiche war. Mit dem Tode des Königs erlosch sein Amt. An ihn gelangten alle beim Hofgericht einlaufenden Sachen, die denn auch, ohne daß er an bestimmte Sitzungstage gebunden gewesen wäre, regelmäßig von ihm erledigt wurden. Vorbehalten blieben dem Könige nur die Verhängung der Reichsacht und die wichtigeren Rechtshändel der principes d. h. der Fürsten und Fürstengenossen.

Ein für alle Male bestimmte Urtheiler hat es im Hofgericht nie gegeben. Vielmehr wurden dieselben, wie Zeit und Umstände und Verhältnisse der Parteien es gerade möglich machten, vom Könige aus den Personen seiner Umgebung gewählt mit möglichster Berücksichtigung der Stammes- und Standesgenossen der Parteien. Namentlich wird seit Anfang des 14. Jahrhunderts der Rechtsgrundsatz festgehalten, daß in Sachen, in denen es sich um Leben, Ehre und Reichslehn der Fürsten handelte, das Urtheil nur von Fürsten und Fürstengenossen gefunden werden durfte. Diese Urtheiler, deren wenigstens 7 dasein mußten, und die häufig aber in sehr erheblicher Zahl anwesend waren, übten die Rechtsprechung auf den Eid, den sie dem Könige als ihrem Herrn überhaupt geleistet hatten; der besondere Urtheilereid wurde von ihnen nicht geleistet. Im 15. Jahrhundert fehlte es häufig an der erforderlichen Zahl von Urtheilern, man griff deshalb zu dem Mittel, ständige und besoldete Beisitzer zu ernennen.

Im Hofgericht bildete sich das Amt eines Gerichtsschreibers aus. Schon in der fränkischen Zeit nämlich war die Anwesenheit des Pfalzgrafen als einer Urkundsperson im Hofgericht nothwendig. Auf Grund seiner Berichte wurden ursprünglich von der Reichskanzlei Urkunden über die Hof-

Digitized by Google

gerichtsverhandlungen ausgefertigt. Seit den Karolingern wurde ein besonderer Gerichtsschreiber angestellt, der den Verhandlungen beiwohnen sollte und also aus eigener Wahrnehmung den Inhalt der Verhandlungen beurkundete, gleichwohl aber nicht zur ordnungsmäßigen Besetzung des Gerichts gehörte. Nachdem diese Einrichtung in Verfall gerathen war, wurde mit dem Hofrichter gleichzeitig ein Hofgerichtsschreiber eingesetzt (notarius curiae), der einen Amtseid zu leisten hatte und dessen Aufgabe darin bestand, die eingegangenen Schreiben zu registriren, Achtregister und Urtheilsbücher zu führen und die gerichtlichen Verhandlungen zu beurkunden. Doch zur ordnungsmäßigen Gerichtsbesetzung gehörte er auch jetzt nicht.

Die Zuständigkeit des Hofgerichts war eine im Verhältniß zu den ordentlichen Gerichten konkurrirende oder eine ausschließliche.

Eine konkurrirende Gerichtsbarkeit übte das Hofgericht, indem der König befugt war, eine jede noch nicht durch rechtskräftiges Urtheil erledigte Sache vor sein Gericht zu ziehen, zu „evociren". Im Laufe der Zeit wurden jedoch zahlreiche privilegia de non evocando ertheilt, d. h. das Recht des Königs, Sachen aus der Zuständigkeit des privilegirten Gerichts an sich zu ziehen, ausgeschlossen. Durch die goldene Bulle von 1356 wurde dieses Privileg verfassungsmäßiges Recht der Kurfürsten, bis im Jahre 1487 das Evokationsrecht des Königs ganz aufgehoben wurde. Ferner wurde dem König, sobald er ins Land kam, das Gericht desselben ledig, sodaß er über alle Sachen richten konnte, die noch nicht rechtshängig geworden und die noch nicht erledigt waren (Sp. III 60 §§ 2, 3).

Ausschließlich zuständig war das Reichshofgericht in den Sachen, in welchem vom ordentlichen Richter Recht geweigert, ferner in denen, in welchen gegen das Urtheil des ordentlichen Richters Berufung eingelegt und endlich in denen, in welchen das Reklamationsrecht zugelassen war. Als Berufungsgericht erlitt das Reichshofgericht eine Beschränkung seiner Zuständigkeit, indem einzelne privilegia de non appellando ertheilt wurden. Die goldene Bulle gewährte dieses Privileg den Kurfürsten für ihre Lande. Das Reklamationsrecht d. i. die Befugniß bestimmter Parteien, ihre vor dem ordentlichen Gericht verhandelte Sache vor das Königsgericht zu bringen, bestand schon in der fränkischen Zeit, insbesondere für den

Digitized by Google

Fiskus, für die unter Königsschutz stehenden Personen und betreffs aller Prozesse um königliche Beneficien; es erfuhr später Erweiterungen und war der Grund, daß alle Reichsunmittelbaren ihren ordentlichen persönlichen Gerichtsstand vor dem Könige erlangten.

§ 17. Nur als Delegirte des Königs traten die von Karl dem Großen eingeführten Sendboten (Königsboten, missi dominici)*) auf, wenn sie das Land bereisten und dabei um Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit angegangen wurden. Sie waren, wie dies ihr Amt auch gar nicht gestattete, keineswegs Vorsitzende eines ständigen Gerichts, sondern übernahmen im Bedürfnißfalle nur den Vorsitz in demjenigen Grafengerichte, in dessen Bezirk sie sich gerade aufhielten. Da sie dann lediglich die ihnen vom Könige besonders übertragene Gerichtsbarkeit an seiner Stelle ausübten, so waren auch sie an die Formen des volksrechtlichen Verfahrens nicht gebunden.

II. Nichtstaatliche Gerichte.

§ 18. Den natürlichen, ursprünglich auch im Mittelalter herrschend gewesenen Grundsatz, daß alle Gerichtsbarkeit vom Staate ausgeht, hat das deutsche Recht in der Schöpfung nicht staatlicher Gerichtsbarkeit, welche in zahlreichen, für das Verkehrsleben des Mittelalters hochwichtigen Fällen die öffentliche Gerichtsbarkeit verdrängte, durchbrochen. Diese Erscheinung verdankt ihr Dasein der eigenartigen Vermischung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Verhältnisse, deren Gegensatz dem Mittelalter nicht voll zum Bewußtsein gekommen ist; während man auf der einen Seite publicistische Herrschaftsrechte zum Gegenstande privatrechtlicher Geschäfte machte, knüpfte man an die Zuständigkeit von Privatrechten die Befugniß zur Ausübung staatlicher Rechte. Letztere gewöhnt man sich als Attribute umfangreichen und freien Grundeigenthums zu betrachten. Da die wirthschaftliche Existenz großer Volksklassen auf das Verhältniß gegründet war, in welchem sie zu dem Eigenthümer eines großen Gutes standen, dieses Verhältniß aber regelmäßig eine persönliche Abhängigkeit des Besitzlosen gegenüber dem Grundeigenthümer

*) Sohm: fränk. Reichs- und Gerichtsverf. S. 489 ff. Waitz: IV 413 ff. Wetzell S. 348.

Digitized by Google

nach sich zog, so bildete sich die Anschauung, daß in allen denjenigen Beziehungen, in welchen der Grundeigenthümer als der Herr auftrat, er zur Ausübung obrigkeitlicher Rechte befugt sei, eine Anschauung, die um so geneigteres Entgegenkommen finden mußte, als sich das allgemeine Recht der Anerkennung wichtiger Lebensverhältnisse jener abhängigen Personen versagte.

§ 19.*) Auf den Gütern freier Grundherren lebten zahlreiche Unfreie, deren Rechtsgeschäfte das Volksrecht als ungültig behandelte, welche also einen Prozeß vor dem öffentlichen Gerichte nicht führen konnten und welche gegenüber Deliktsklagen Dritter im allgemeinen Gericht von ihrem Herrn vertreten werden mußten. Rechtsstreitigkeiten dieser Leute pflegte der Herr ursprünglich nach freiem Ermessen zu erledigen; als es aber Sitte wurde, große Güter durch Meier oder Gutsvögte verwalten und auch die Rechtshändel der Hörigen durch diese Vertreter entscheiden zu lassen, führte das in allen Volksklassen lebendige Rechtsgefühl und das eigene Interesse der Grundherren dazu, daß man sich nach dem auf ihren und anderen Höfen entwickelten Herkommen wie nach festen Rechtsnormen richtete.

Die wirthschaftlichen Verhältnisse der fränkischen Zeit führten aber auch dahin, daß die Grundeigenthümer größerer Ländereien Grundstücke an freie Personen zur Benutzung auszuthun pflegten. Sie brachten damit die Empfänger in ein persönliches Abhängigkeitsverhältniß, welches für diese eine Schmälerung der vollen Freiheit bewirkte, sie als Minderfreie (minores) erscheinen ließ. Man nahm daher an, daß auch sie gegen Klagen Dritter von ihrem Herrn vor dem öffentlichen Gericht vertreten werden mußten, und schloß zu Gunsten des Herrn die öffentliche Gerichtsbarkeit insoweit aus, als die Vertretungspflicht reichte. So entwickelte sich eine auf dem Grundbesitze beruhende (patrimoniale) Gerichtsbarkeit der Grundherrn auch über ihre freien Gutsinsassen.**)

Hierzu kam die Entwicklung des Instituts der Immu-

*) Schröder: R.-G. S. 174 ff. Brunner: R.-G. I § 26. Wetzell S. 359 ff.

**) v. Bethmann-Hollweg: IV S. 438 ff. Pertile: storia VI p. 166.

Digitized by Google

nität. Man versteht darunter die Freiheit von öffentlichen Abgaben. Diese Freiheit genossen die fiskalischen Besitzungen von jeher; auf ihnen wurden die Rechte des Königs unter Ausschließung des Grafen von eigens bestellten Beamten (domestici) ausgeübt. Als nun andere Grundherren (insbesondere Bisthümer und Klöster) seit etwa dem 6. Jahrhundert durch Immunitätsprivileg jene Befreiung und damit das Recht erlangten, die öffentlichen Beamten von ihrem Gebiete fernzuhalten und die fiskalischen Abgaben für sich zu erheben, war der Entwicklung von besonderen, vom Grundherrn bestellten sog. Immunitätsgerichten gewissermaßen die staatliche Genehmigung ertheilt, da zu jenen Abgaben auch die Gerichtsgefälle gehörten.

Indessen war die Gerichtsbarkeit der Immunitäten eine beschränkte. Die an sich freien Hintersassen unterlagen, da sie Rechts- und Prozeßfähigkeit besaßen, der öffentlichen Gerichtsbarkeit des Grafen insoweit, als es sich um Angelegenheiten aus der Zuständigkeit des echten Dinges handelte, und auch der Gerichtsbarkeit des Centgrafen dann, wenn der Gegner des Hintersassen außerhalb der Immunität stand. Die Immunitätsgerichtsbarkeit trat also nur an die Stelle der niederen öffentlichen Gerichtsbarkeit und war auf alle Streitsachen zwischen zwei Personen derselben Immunität und zwischen dem Grundherrn und dem Hintersassen beschränkt. Sie umfaßte freilich auch sämmtliche Angelegenheiten, die das Verhältniß zwischen diesen beiden Personen irgendwie berührten, daher namentlich auch das Erbrecht. Den Vorsitz führte der Herr oder ein villicus, als Urtheiler traten bald sämmtliche Hofgenossen bald Schöffen auf, die von jenen gewählt wurden.

§ 20. Analoge Verhältnisse haben zur Ausbildung der Lehngerichtsbarkeit geführt.*) Auf die Entstehung des Lehnswesens kann hier natürlich nicht eingegangen werden, es genügt der Hinweis auf die Thatsache, daß das Lehnsverhältniß ursprünglich Gnadensache war und allein von dem guten Einvernehmen zwischen Herrn und Vasallen abhing.

---

*) Albrecht: die Gewere 1828. S. 290 ff. Eichhorn: d. Staats- und Rechtsgeschichte II S. 448 § 303. Unger: Altd. Gerichtsverfassung 1842. S. 264 ff.

Digitized by Google

Dieses Einverständniß zu erhalten, war auch für den Herrn von Wichtigkeit. Er handelte daher in seinem und dem Interesse seiner Vasallen, wenn er die Abwicklung von Streitigkeiten nicht selbst und nach Willkür vornahm, sondern wie im Verhältniß zu seinen Hörigen das Herkommen, so hier die Lehnssitte als Rechtsnorm entscheiden ließ. Mit der Entwicklung des blos hergebrachten in Rechtssätze wurde aber das gesammte Lehnsverhältniß aus einem rein thatsächlichen zu einem Rechtsverhältniß, das gegenseitige Rechte und Pflichten begründete. Um nun nicht den Eingriff Dritter, mit den Lehnrechtssätzen nicht vertrauter, vielleicht auch nicht ebenbürtiger Personen zuzulassen, nimmt man in den Lehnsvertrag die Unterwerfung unter die Lehngerichtsbarkeit des Herrn auf. An diese knüpft sich die Anschauung einer durch das Grundeigenthum bedingten obrigkeitlichen Gewalt, die später eine ausdrückliche vertragsmäßige Unterwerfung unnöthig macht.

Die Lehngerichtsbarkeit*) setzte jedoch eine Mehrheit von Vasallen desselben Herrn voraus und beschränkte sich auf Streitigkeiten zwischen den Vasallen desselben Herrn oder zwischen diesem und einem Vasallen, umfaßte aber auch die freiwillige Gerichtsbarkeit in allen den Rechtsgeschäften, welche das Lehn betrafen. Richter war der Herr, oder, falls er selbst Partei war, ein von ihm ernannter Vertreter, und als Urtheiler fungirten die Vasallen.

Ganz ähnlich den Lehngerichten waren die Dienstmannengerichte, die später in die Lehngerichte übergingen.

§ 21. Nichtstaatliche Gerichte waren ferner auch die sog. Märkerdinge**) d. h. Gerichte, die von den Markgenossen gebildet wurden und außer über Markfrevel auch über Rechtsstreitigkeiten, welche die gemeine Mark betrafen, zu entscheiden hatten.

---

*) Homeyer: System des Lehnrechts der sächs. Rechtsbücher S. 562 ff. Planck I S. 15 ff. Schröder R.-G. S. 568.

**) S. besonders F. Thudichum. Die Gau- und Markverfassung in Deutschland 1860.

Digitized by Google

B. Die geistliche Gerichtsbarkeit.*)

§ 22. Verschieden von der weltlichen Immunitäts-Gerichtsbarkeit der Kirchen ist die geistliche Gerichtsbarkeit der Bischöfe. Die erstere ist eine auf privatem Grundbesitze beruhende patrimoniale, die letztere eine Bethätigung der kirchlichen, also öffentlich-rechtlichen Gewalt der Kirchenoberen.

Die älteren Jahrhunderte der fränkischen Zeit kannten nur staatliche Gerichtsbarkeit. Erst Chlotar II gab im Jahre 614 dem Seitens der Kirche mit Eifer verfochtenen Anspruche, daß der Geistliche nicht von einem weltlichen Richter Recht nehmen dürfe, insoweit nach, daß er die niedere Gerichtsbarkeit über Geistliche den bischöflichen Gerichten auch für den Fall überließ, daß ein Laie gegen einen Geistlichen klagte. Hiermit trat das bischöfliche Gericht an die Stelle des Schultheißengerichts, es hatte wie dieses nach den Vorschriften des weltlichen Rechts zu verfahren, und seine Urtheile genossen dieselbe bindende Kraft wie die der weltlichen öffentlichen Gerichte. Seinen Sitzungen wohnte denn auch der Graf oder Schultheiß als Vollzugsbeamter bei. Die gesammte höhere Gerichtsbarkeit (des echten Dinges) blieb staatlich, bis im Jahre 787 die Anordnung gegeben wurde, daß einem Prozesse unter Geistlichen über Grundeigenthum ein Sühneversuch vor dem Bischof vorangehen solle, und in der Mitte des 9. Jahrhunderts einzelnen bischöflichen Gerichten das Privileg erheilt wurde, in derartigen Prozessen selbst zu entscheiden. Vor dem staatlichen Gericht durften Geistliche sich durch den Vogt der Kirche vertreten lassen. Die Einräumung einer immer umfassenderen Zuständigkeit an die geistlichen Gerichte wurde befördert durch das Erscheinen der pseudo-isidorischen Dekretalen und der Sammlung des Benedictus Levita. Die Kirche erlangte denn auch das ausdrückliche Zugeständniß, nicht nur, daß Geistliche nur vor geistlichem Gericht belangt werden dürften, sondern auch, daß ohne Rücksicht auf die Personen der Parteien das kirchliche Gericht in allen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden habe, welche

*) Sohm in der Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 9, S. 193 ff. Nißl: Gerichtsstand des Klerus im fränk. Reich 1886. E. Löning: Geschichte des deutschen Kirchenrechts. II S. 507 ff. Hinschius in Holtzendorffs Encykl. S. 143—146. Pertile storia VI f. 77—97. Schröder: R.-G. 178 ff.

Digitized by Google

auch noch so geringe Beziehung zu Kirche oder Religion boten, so in Ehe-, Testaments-, Kirchenpatronats- und Zehntsachen, in Prozessen aus wucherlichen und aus solchen Geschäften, die durch promissorischen Eid bekräftigt waren.*) Die Anschauung, daß der Kaiser und der Papst von Gott zu Beschirmern des Rechts eingesetzt seien, hat denn auch im Sachsenspiegel (I, 1) und verwandten Rechtsquellen Ausdruck erfahren.

Die kirchliche Gerichtsbarkeit wurde ausgeübt auf den Synoden, welche die Bischöfe bei ihren Visitationsreisen abhielten, und zwar in der Weise, daß der Bischof unter Beirath der Geistlichkeit das Urtheil selbst fand und aussprach. Allmählich erst, etwa seit dem Ende des 9. Jahrhunderts, nahmen die geistlichen Gerichte die Orginasation der weltlichen an. Man ernannte und beeidete sog. juratores synodi aus den angesehensten Männern eines jeden Kirchspiels, die zwar zunächst die Aufgabe hatten, die zu ihrer Kenntniß kommenden Vorfälle vor dem Sendgericht zu rügen, die indeß, soweit sie nicht als Ankläger auftraten, als Schöffen das Urtheil fanden. Wie das echte Ding des weltlichen Rechts, so wurde das Sendgericht an jeder Taufkirche immer nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes abgehalten und mußte von allen Eingepfarrten besucht werden.

2. Die spätere Entwicklung bis zur Errichtung des Reichskammergerichts (1495).

§ 23. Die karolingische Gerichtsverfassung zeigte den Abschluß einer jahrhundertelangen Entwicklung. Die Gerichtsbarkeit war eine königliche und wurde von königlichen Beamten gehandhabt. Die Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels zeigte einen solchen Abschluß nicht, die erstarkende Landeshoheit hatte sich die Gerichtsbarkeit noch nicht vollständig zu eigen gemacht. Wie oben gezeigt, war die hohe Gerichtsbarkeit königlich geblieben und nur die niedere zur landesherrlichen geworden; damit hatten diejenigen Personen, welche sich ihre echte Freiheit bewahrt hatten, in den wichtigeren Angelegenheiten ihre Unmittelbarkeit behalten,

*) Eine entsprechende Kompetenzerweiterung geschah in Straffachen.

Digitized by Google

denn das echte Ding, vor welchem sie in jenen wichtigeren Sachen Recht nahmen, wurde nach wie vor unter Königsbann gehalten, alle anderen Landesbewohner, die ihren Gerichtsstand vor dem Niedergericht hatten, waren unter eine Herrschaft gerathen, die zwischen ihnen und dem Reichsoberhaupte stand. Allein der Gang der Entwicklung drängte zu einer weiteren Ausbildung der Landeshoheit, und bis zur Errichtung des Reichskammergerichts hatte sich diese Entwicklung vollzogen.*) Sie zeigte sich in folgenden Erscheinungen: 1. Diejenigen Gerichte, denen der Landesherr in seiner bisherigen Eigenschaft als Graf vorgesessen hatte, wurden zu landesherrlichen Hofgerichten nach dem Muster des Reichshofgerichts, sie wurden für den Adel in allen Sachen, ferner auch für Prälaten und Stadtgemeinden ausschließlich zuständig und bildeten für die Niedergerichte die Berufungsinstanz. Die andern, von den Vögten gehaltenen, Grafengerichte verloren damit ihre Stellung als jenen gleichberechtigte Gerichte. Denn da nunmehr bei dem völligen Uebergange der ehedem königlichen Gerichtsbarkeit auf die Landesherrn auch diese Vögte zu landesherrlichen Beamten wurden, mußten dieselben mit ihren Gerichten unter das vom Fürsten persönlich gehaltene Gericht treten. Sie wurden indessen für alle vor das echte Ding gehörenden Sachen aller derjenigen Personen zuständig, die ihren Gerichtsstand nicht vor jenem Gerichte hatten, und hießen von nun an vielfach kurzweg Landgerichte. Die ehemaligen Niedergerichte, die Cent- oder Gogerichte, wurden häufig auf Grund von Privatrechtsgeschäften auf die Grundherren übertragen und mit den eigenen Gerichten dieser verschmolzen, so daß die patrimoniale Gerichtsbarkeit eine bedeutende und wichtige Erweiterung erfuhr.

§ 24. Königlich blieben, abgesehen natürlich vom Königsgericht selbst, trotz der angedeuteten Entwicklung einzelne Grafschaftsgerichte.

1. In Franken und Schwaben erhielten sich einzelne kaiserliche Landgerichte, in welchen ein vom Kaiser ernannter Reichsvogt, Landvogt oder Landrichter als Richter fungirte und Reichsministerialien das Schöffenamt ausübten. Besondere Bedeutung erlangten das Landgericht zu Nürnberg

*) Wetzell S. 375. Schröder R.-G. S. 556 ff.

Digitized by Google

und das Hofgericht zu Rotweil. Sie übten die Gerichtsbarkeit unter Königsbann und hatten eine größere Machtbefugniß als die andern Gerichte, indem sie wie das Reichshofgericht die Acht verhängen und Prozesse aus dem ganzen Reiche entscheiden durften.*)

2. Königliche Gerichte waren ferner auch die westfälischen Freigerichte.**) Wie der Name veme andeutet, womit man diese Gerichte zu bezeichnen pflegte und was seit dem 13ten Jahrhundert in dem Sinne von Strafe gebraucht wird, bestand die Bedeutung der Freigerichte darin, daß sie die Strafgerichtsgewalt in einer von den allgemeinen Prozeßgrundsätzen abweichenden Art und Weise handhabten. Daß man sie selbst Freigerichte, ihre Beisitzer Freischöffen, ihre Vorsitzenden Freigrafen nannte, hatte nur darin seinen Grund, daß während anderwärts die Grafengerichte zu bloßen Adelsgerichten geworden waren (s. vorigen §), in Westfalen die hier besonders zahlreichen freien Grundeigenthümer Schöffenbarkeit und volle Dingpflicht vor dem Grafengericht bewahrt hatten, so daß diese Gerichte hier thatsächlich Gerichte über alle Freien waren. Der Gang, den die Entwicklung der Landeshoheit in andern Reichsgebieten rascher genommen hatte, war hier ein langsamerer; hier unterlagen der Landeshoheit nur die Gogerichte, während die Grafengerichte noch lange unter Königsbann dingten und erst im 15ten Jahrhundert von der nun auch hier erstarkten Landesstaatsgewalt unterworfen wurden. Eines Eingehens auf die Eigenthümlichkeit der Vemgerichte bedarf es hier nicht, da sich ihre Civilgerichtsbarkeit von der anderer Gerichte nicht unterschied.

§ 25. In den Städten, die ehemals als Hundertschaften oder wohl auch als besondere Grafschaften königliche Gerichtsbarkeit ausübten, trieb die Entwicklung zu immer größerer Selbständigkeit. Gegenüber der landesherrlichen Gerichtsbarkeit, unter welche auch die Städte gerathen mußten,

---

*) v. Schulte Rechtsgeschichte. 5. Aufl. S. 367. Schröder R.-G. S. 560. Wetzell S. 379.

**) Die sehr umfangreiche Literatur s. bei Schröder R.-G. S. 561. n. 206. Hervorgehoben sei Lindner: die Veme. Bornhak: Preußische Jahrbücher Bd. 62 S. 1 ff. v. Schulte R.-G. S. 368 ff. (5. Aufl.)

Digitized by Google

da sie ja nur besondere Bezirke der ehedem königlichen Gerichtsbarkeit gebildet hatten, erlangten viele Städte Exemtionen. Der Rechtszug ging seitdem vom Stadtgericht nicht an das Hofgericht, sondern an den Stadtrath.

Die Schöffenkollegien einzelner bedeutender Städte bildeten sich seit dem Anfange des 13. Jahrhunderts zu einflußreichen Oberhöfen aus. Es waren dies namentlich Magdeburg, Lübeck, Frankfurt a. M. und Iglau, letzteres genoß besonders in bergrechtlichen Fragen eines außerordentlichen Ansehens.*) Aber man würde fehl gehen, den Einfluß, den diese Kollegien auf die Rechtsprechung anderer Gerichte gewannen, auf ihre Stellung als Gerichtshöfe zurückzuführen; als solche genossen ihre Urtheile rechtliche Bedeutung nur innerhalb derjenigen Bezirke, in welchen ihnen die Gerichtsbarkeit zustand, also jedenfalls nicht über den engen Kreis des Stadgerichtsbezirkes hinaus. Was diesen Kollegien jenes Ansehen verlieh, war nur die in ihnen vertretene, in der damaligen Zeit besonders vorgeschrittene Rechtskenntniß. Man holte von ihnen Belehrung über streitige Rechtsfragen ein, verwandte die Belehrung alsdann als Rechtsinhalt für das von den einholenden Schöffen vorzuschlagende Urtheil, war selbstverständlich aber an das Gutachten des Oberhofes nicht gebunden. Da indessen zumeist die Schöffen derjenigen Städte um Rechtsbelehrung baten, welche ihr Recht von der mit einem sog. Oberhofe versehenen Stadt entlehnt hatten, so bildete sich die durch die thatsächliche Uebung unterstützte Vorstellung, als genösse der Oberhof jener Stadt die Macht eines übergeordneten Gerichtshofes. Gleichwohl hat diese Vorstellung zu einem festgefügten Instanzenzuge und zu einer rechtlichen Unterwerfung geringerer Städte unter die Gerichtsgewalt des Oberhofes nicht geführt.

§ 26. Die Thätigkeit des Reichshofgerichts hörte im Jahre 1450 auf, da Kaiser Friedrich III. (1440—1493) sich fast ausschließlich in seinen nicht zum Reiche gehörigen Erblanden aufhielt, die Besetzung des Gerichts mit Rittern oder Fürsten aus dem Reiche daher fast zur Unmöglichkeit geworden war. Der Kaiser pflegte deshalb die an ihn ein-

*) Vgl. hierüber Schultze: Privatrecht und Prozeß in Wechselwirkung 1883. S. 127 ff. Tomaschek: der Oberhof Iglau in Mähren. 1868. Michelsen: der Oberhof zu Lübeck. Thomas: der Oberhof zu Frankfurt. Böhlau: Z. f. R.-G. Bd. 9 S. 1 ff.

Digitized by Google

gehenden, zur Zuständigkeit des Königsgerichts gehörigen Sachen unter Zuziehung der Räthe seiner Kammer selbst oder durch Delegirte zu entscheiden. Diese auf bloßer Uebung beruhende Einrichtung wurde als Kammergericht bezeichnet und durch eine Ordnung vom 24. Oktober 1471 gesetzlich bestätigt. Allein die Justiz dieses Gerichts wurde ebenso wie die der kaiserlichen Kammer mit Mißtrauen betrachtet und blieb in der That eine unvollkommene. Erst der folgende Kaiser, Maximilian I., entsprach dem immer dringender werdenden Wunsche der Stände nach Einsetzung eines an bestimmtem Orte seßhaften und vom Kaiser unabhängigen Reichsgerichts im Jahre 1495 durch Errichtung „eines kaiserlichen und Reichskammergerichts." Die Darstellung der Geschichte und der Verfassung dieses Gerichts muß dem Abschnitte über den gemeinen deutschen Civilprozeß vorbehalten werden.*)

Uebrigens waren schon seit der „kaiserlosen" Zeit des 13. Jahrhunderts dem Spruche des Reichshofgerichts die wichtigsten Sachen entzogen worden. Denn seit dieser Zeit wurde es üblich, Kompromisse nicht nur für einen einzelnen Fall, sondern für alle unter bestimmten Parteien sich etwa ereignenden Streitfälle zu schließen und sich durch dieselben dem Schiedsspruche von Standesgenossen zu unterwerfen. Diese Vereinbarungen nannte man „Austräge." Sie banden an sich nur die vertragschließenden Parteien. Durch königliche Privilegien aber erlangten die Austräge der Fürsten und Reichsstädte bindende Kraft auch gegen Dritte.

§ 27. Am Schlusse dieser Darstellung der mittelalterlichen Gerichtsverfassung sei noch erwähnt, daß die Gerichte nicht blos mit der streitigen Gerichtsbarkeit betraut waren, sondern ein jedes in den Grenzen seiner Zuständigkeit auch die freiwillige Gerichtsbarkeit übte. Namentlich war es die zur Uebertragung verschiedenartiger Rechte erforderliche Auflassung, die vor Gericht vollzogen und durch das Friedewirken des Richters wie durch ein die Ansprüche der anwesenden Personen aufhebendes Ausschlußurtheil in ihren Wirkungen gesichert wurde.

---

*) Franklin: das Reichshofgericht im Mittelalter I. S. 320 ff. II. 162. Derselbe: das königliche Kammergericht vor dem Jahre 1495 (1871). Stobbe: Leipziger Rektoratsrede vom 31. Oktober 1878.

Digitized by Google

B. Der Prozeß.

1. Die Abgrenzung des Prozeßrechts gegen andere Gebiete.

§ 28. Dem deutschen Rechte des Mittelalters ist die strenge Scheidung von Civilprozeß und Strafprozeß unbekannt*), weil es eine jede Rechtsverletzung als Störung des Rechtsfriedens betrachtet und in dem gerichtlichen Verfahren ein Mittel erblickt, den gebrochenen Frieden wiederherzustellen. Diese Auffassung führte dazu, ein gerichtliches Verfahren zunächst nur für den Fall auszubilden, daß der durch eine Missethat Verletzte, statt im Wege der Selbsthilfe Rache zu üben, die Bestrafung des Friedbrechers begehrte. Als dann in der älteren fränkischen Zeit der Verletzte immer mehr auf einen bloßen Anspruch auf Zahlung einer Buße oder eines Wergeldes eingeschränkt wurde, war der Weg angebahnt, auch rein privatrechtliche Vermögensansprüche im Wege des ordentlichen Rechtsganges zu verfolgen, vorausgesetzt, daß der Verpflichtete ein Unrecht gegen den Berechtigten begangen hatte. Diese Voraussetzung traf aber dann zu, wenn der Berechtigte seinen Gegner außergerichtlich und förmlich zur Erfüllung eines in der gehörigen Form geschlossenen Vertrages aufgefordert und der so in Anspruch genommene seine Verpflichtung bestritten hatte. Auch die Verfolgung beweglicher Sachen gegen den dritten Besitzer war lediglich im Wege der Diebstahlsklage gestattet, die in erster Linie auf Strafe gerichtet war, daneben aber auch zur Wiedererlangung der entwendeten Sache führte. So kennt denn das deutsche Recht der älteren Zeit als ordentliches gerichtliches Verfahren nur den Deliktsprozeß. Als dann die fernere Entwicklung alle

*) Siegel: Gerichtsverfahren S. 58. Löning: Reinigungseid S. 4. Pfordten Z. f. R.-G. 12 S. 346. Schröder R.-G. S. 79. London: Anefangsklage S. 29.

Digitized by Google

privatrechtlichen Ansprüche auf den Weg dieses ordentlichen Gerichtsverfahrens verwies, war ein einheitliches Verfahren für Civil- wie für Deliktsklagen hergestellt. Wenn nun auch bei letzteren einzelne Besonderheiten hervortraten*) und sowohl in den geistlichen Gerichten als in den Vemgerichten die Erkenntniß durchdrang, daß eine den allgemeinen Rechtsfrieden störende Handlung von Amtswegen zur Bestrafung gezogen werden müsse**), so ist es doch zu einer grundsätzlichen Scheidung von Civil- und Strafprozeß nicht gekommen.

§ 29. Ebenso waren durchgehends Justiz und Verwaltung ungetrennt in der Hand derselben Beamten vereinigt. Hiermit stimmen einzelne Zeugnisse der mittelalterlichen Rechtsquellen überein, welche ausdrücklich erklären, daß über Verpflichtungen, die nach den heutigen Rechtsbegriffen zu den öffentlich-rechtlichen gehören, im Gericht durch Urtheil entschieden wurde***). Diese Erscheinung kann nicht befremden, wenn man bedenkt, daß der Gegensatz des Privatrechts und des öffentlichen Rechts erst der neueren Zeit zum Bewußtsein gekommen ist, daß das mittelalterliche Recht den Begriff Staat nicht gekannt, vielmehr die staatlichen Herrschaftsrechte nur als Ausflüsse von Privatrechten betrachtet hat.

2. Die Grundsätze des Prozeßrechts.

A. Der Prozeß als Rechtsverhältniß.

I. Die Prozeßsubjekte.

§ 30. Da das Gericht zusammengesetzt ist aus dem Richter und den Urtheilern, so ist die Ausübung der Rechtspflege nur dann möglich, wenn jenem die Gerichtsgewalt zusteht und diese ihre Dingpflicht erfüllen.

---

*) Planck G.-B. I S. 742 ff.

**) Schröder D. R.-G. S. 571. 716. Bornhak Preuß. Jahrb. Bd. 62 S. 1 ff.

***) Sachsp. Lehnr. 4 § 1, 46 § 1—3. Hach: das alte Lübische Recht. 1839. I. 3.

Digitized by Google

1. Die Gerichtsgewalt*) des Königs ist eine unbeschränkte, die aller anderen Richter eine begrenzte. Der letzteren sind grundsätzlich nur die im Gerichtsbezirk einheimischen Personen unterworfen, doch tritt schon in der fränkischen Zeit neben den Gerichtsstand des Wohnsitzes der Gerichtsstand der belegenen Sache**), ferner der der begangenen That und der der Widerklage***). In späterer Zeit (15. Jahrh.) bildete sich wohl auch ein Gerichtsstand des Arrestes aus†).

Obwohl nun im Sp. I 82 § 1: Swer sîn recht vor gerichte verlûset hat an einer stat, der hat ez uberal verlorn, der Grundsatz ausgesprochen ist, daß das von einem Gericht erlassene Urtheil alle anderen bindet, so gab es doch keine Pflicht, einem nebengeordneten Gericht durch Vollstreckung seiner Entscheidungen Rechtshilfe zu gewähren.

2. Die Dingpflicht††) ist im weitesten Sinne des Wortes die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Rechtspflege. Diese Mitwirkung besteht darin, daß der Dingpflichtige verbunden ist, im Gericht zu erscheinen (richteres ding to sukene), dort auf Gebot des Richters Urtheil zu finden, als Vorsprecher einer Partei aufzutreten, als Bote des Richters von dem höheren Gericht das Urtheil einzuholen und Gerichtszeugniß abzulegen (rechtes to helpene). Das deutsche Recht des Mittelalters aber erblickte auch in dem Erscheinen der geladenen Partei, in der Antwort des Beklagten auf die Frage des Richters und in dem Wiedererscheinen der Partei in einer vertagten Verhandlung die Erfüllung einer Pflicht: wer dem Gebote nicht Folge leistete, verfiel in eine an den Richter zu zahlende Strafe (gewette).

Die Pflicht, im Gericht zu erscheinen, lastete ursprünglich auf allen im Gerichtsbezirk wohnenden Freien. Sie wurde von Karl dem Großen in der oben (§ 8) beschriebenen Weise gemildert und erlitt in späterer Zeit eine Scheidung nach der Zuständigkeit des Gerichts über diese oder jene Personenklassen.

---

*) Sohm Reichs- u. Ger.-Verf. S. 298 ff. Planck I §§ 2 ff. §§ 8, 9.

**) Capit. Aquisgran. a. 817. c. 10. Sp. III 25 § 2.

***) Sp. I 60 § 3: Swôr der man vorderet recht, dâ sal he rechtis pflegen und helfen.

†) Kühns: Ger.-Verf. Brandenburgs II. 339, 340.

††) Sohm: R.-G.-V. S. 333 ff. Siegel: D. R.-G. § 72. Planck I § 10 ff. Homeyer: Richtsteig Landrechts S. 413.

Digitized by Google

§ 31. Die Parteien*).

Die Rechtssachen der Einzelnen, sei es nun ihre Rechtsstreitigkeiten oder ihre Rechtsgeschäfte, wurden durch die öffentliche Erörterung und Erledigung vor Gericht zu gemeinsamen Rechtsangelegenheiten Aller: die Gesammtheit der Freien war zum Hüter des Rechts bestellt, und kraft der Dingpflicht hatte jeder von derselben berührte die Verbindlichkeit, zur Herstellung des Rechts mitzuwirken. Hierzu gehörte insbesondere die Pflicht der Einsprache, wenn nach der Meinung eines Anwesenden vor Gericht nicht Recht geübt, sondern Unrecht geschaffen wurde. Die Folge hiervon war, daß jeder vor und durch das Gericht ohne Widerspruch oder nach Beseitigung des Widerspruchs geschaffene Zustand ein unantastbarer Zustand des Rechts wurde**). Hieran aber knüpfte sich die weitere Folge, daß ein jeder, der Widerspruch erhob, hiermit in die unter anderen Personen verhandelte Rechtsangelegenheit eintrat. Aus dieser Auffassung erklärt sich die Wirkung des sog. Verschweigens bei der Vornahme von Rechtsgeschäften, insbesondere der Veräußerung von Grundeigenthum, und die unten eingehender zu behandelnde Urtheilsschelte. Sie bewirkte aber ferner auch, daß im Prozeß als streitende Theile nicht diejenigen Personen gegenübertraten, welche einen bestimmten Anspruch verfolgten und bezw. abwehrten, sondern die, welche sich für die am Streitgegenstande nächstinteressirten betrachteten, daß diese aber im Laufe des Rechtsstreits von einer vermeintlich noch näher betheiligten Person verdrängt werden konnten. Die uns überlieferten Parteibezeichnungen***) deuten daher entweder nur das Streiten an sich an (causidicus, causaticus, causator, causans), oder sie unterscheiden rein äußerlich den, der angefangen hat, von dem, der zu einer abwehrenden Erklärung veranlaßt wird (accusans, petitor, quaesitor, qui pulsat, quaerit; prosecutor causae; — accusatus, pulsatus, qui respondet, se defendit). Selbst in den Rechtsspiegeln fehlen feste Parteibenennungen: die Partei überhaupt wird

*) Zöpfl Rechtsgeschichte § 125a VII, § 126 IV. Planck I § 27.

**) Sp. II 6 § 4: Swilche gâbe der man siht, oder swilch urteil her vinden hôrt, en widerredet ers zu hant (d. i. sogleich) nicht, dar nâh en mac ers nicht widerreden.

***) Vgl. L. Sal. 60, 1. L. Bajuw. 16, 2. L. Wisig. II 2 c. 10.

Digitized by Google

regelmäßig sakeweldigen, sakewalden, der Angreifer jetzt häufig Kläger genannt, während das Wort Beklagter umschrieben wird (ûf den die klage gat Sſp. I. 53 § 1). Im Richtſt. Landrechts iſt ein weiterer Fortſchritt gemacht, er nennt den Beklagten den beclageden man, den besculdegeden, den antwerder. Ueberhaupt geht die Entwicklung auf feſtere Begrenzung der Parteirollen.

§ 32. Die Prozeßfähigkeit*) deckt ſich im allgemeinen mit dem Beſitze ungeſchmälerten Rechts. Sie fehlt den eigenen Leuten im Landgericht, dagegen nicht in den Hofgerichten; ſie fehlt den Recht- und den Friedloſen.

Beſchränkt prozeßfähig ſind Frauensperſonen. Die Frau kann ohne Beiſtand ihres Vormundes vor Gericht nicht klagen. Iſt ſie verklagt, ſo ſteht ihr frei, bei Abweſenheit ihres Vormundes die Vertagung der Verhandlung oder vom Richter die Beſtellung eines beſonderen Prozeßbeiſtandes zu verlangen oder endlich ſelbſt auf die Klage zu antworten. Den Parteieneid leiſtet ſie ſelbſt.

Perſonen, die noch nicht zu ihren Jahren gekommen ſind, konnten urſprünglich weder allein vor Gericht auftreten noch durch ihren Vormund vertreten werden, weshalb ein Prozeß derſelben bis zu ihrer Volljährigkeit liegen bleiben mußte**). In ſpäterer Zeit konnten ſie im Beiſtande ihres Vormundes auftreten. Volljährige, aber aus irgend einem Grunde unter Vormundſchaft ſtehende Perſonen konnten von Altersher im vormundſchaftlichen Beiſtande Prozeßhandlungen vornehmen.

§ 33. Vertreter und Beiſtände der Parteien.***)

1. Eine prozeſſualiſche Stellvertretung ließ das ältere deutſche Recht nur für prozeßunfähige Perſonen zu. Allein ſchon der Sachſenſpiegel giebt Fürſten das Recht, ſich durch einen mit ſchriftlicher Vollmacht verſehenen Dienſtmann vertreten zu laſſen, und in den Städten wurden auch in Fällen rein thatſächlicher Behinderung der Partei Vertreter ſelb-

*) Planck I § 28. Schröder R.-G. 314, 315, 317. Vgl. auch Kraut: die Vormundſchaft I S. 362 ff. Heusler: Inſtitutionen des deutſchen Privatrechts. II 480 ff.

**) Cap. legi Salicae additum v. J. 819 c. 5. L. Ribuar 81.

***) Planck I §§ 29, 30. Derſelbe Lehrb. des C.-P. I § 35. Zöpfl, R.-G. §§ 125 a. X. 126 IV. Schröder R.-G. S. 709. Nietzsche de prolocutoribus 1831. Homeyer Richtſteig S. 420 ff.

Digitized by Google

ständiger Personen zugelassen, wenn sie von der Partei vor Gericht bevollmächtigt worden waren. Diese Förmlichkeit wurde mit der zunehmenden Bedeutung des Urkundenbeweises und der Verbreitung der Schreibkunde durch die schriftliche Vollmacht verdrängt, eine Erleichterung, die bei dem allmähligen Vordringen des fremden Rechts dem Bedürfnisse, sich durch einen Rechtsgelehrten vertreten zu lassen, entgegenkam.

2. Nicht Vertreter, sondern Beistand der Partei ist der Vorsprecher, Fürsprech. Er kann nur neben der Partei auftreten; zwar spricht er statt derselben, doch gilt seine Erklärung nicht ohne weiteres als Erklärung der Partei, vielmehr wird nach jeder Aeußerung des Vorsprechers die Partei vom Richter befragt, ob sie sich zu der Erklärung jenes bekenne. That sie dies nicht, sondern „erholte" sie sich von der Rede des Fürsprechs, indem sie dieselbe durch ihren Widerspruch entkräftete, so galt nicht das Wort des Vorsprechs, sondern das der Partei. Da nun die Partei sich regelmäßig von ihren eigenen Erklärungen nicht erholen durfte, der im späteren Mittelalter auf die Spitze getriebene Formenkultus aber die Prozeßführung zu einer für ungewandte Leute äußerst bedrohlichen „Gefahr" machte, so bot die Wahl eines Vorsprechers so große Vortheile, daß sie thatsächlich zur Regel wurde. Ob sie einen solchen bestellen wolle oder nicht, hat die Partei bei Beginn der Verhandlung zu erklären. Sie hat ihn aus den unbescholtenen und nicht geächteten Männern zu wählen oder die Bestellung desselben vom Richter zu erbitten. Die Wahl anzunehmen oder der Bestellung Folge zu leisten, ist Dingpflicht. Vom Zeitpunkt der Uebernahme des Amtes durch den Vorsprech darf die Partei an demselben Gerichtstage nicht mehr laut vor Gericht sprechen, es sei denn auf die obenerwähnten Fragen des Richters. Nur eine stille, für andere nicht hörbare Unterredung mit ihrem Fürsprech ist ihr gestattet.

II. Die Prozeßhandlungen.

a. Handlungen der Parteien.

aa. Inhalt der Parteienthätigkeit.

§ 34. *a.* Der Prozeßbetrieb.

Der Prozeßbetrieb lag ausschließlich in den Händen der Parteien. Dieser Grundsatz, der in ältester Zeit in voller

Digitized by Google

Reinheit galt und sich nicht allein darin, daß wichtige, den Prozeß vorbereitende und seine Einleitung bedingende Handlungen außerhalb des Gerichts vorgenommen wurden, sondern namentlich auch darin äußerte, daß der Beklagte nur durch die formelle Aufforderung des Klägers zur Antwort, das Gericht nur durch einen hierauf folgenden formellen Antrag zur Fällung des Urtheils veranlaßt wurde, erlitt zwar einige Abschwächungen, doch blieb er herrschendes Prinzip. Der Satz: Wo kein cleger ist, do ist ouch kein richter, der für den Civilprozeß selbstverständlich ist, im mittelalterlichen Verfahren aber auch den Strafprozeß beherrschte, ist in der Glosse zum Sachsenspiegel*) an die Stelle I 62 § 1 angelehnt, und der Sachsenspiegel selbst (III 16 § 1) spricht aus, daß der Richter den Kläger nicht ohne Antrag des Beklagten abweisen dürfe. Auch die Antretung und Führung des Beweises ist Sache der Partei, selbst in dem Falle, daß das Gericht in der Lage ist, die zu beweisende Thatsache unmittelbar wahrzunehmen.

§ 35. Die Prozeßbegründung.

Prozeßeröffnungsakt ist die Ladung.**)

Sie besteht in ältester und noch in der fränkischen Zeit darin, daß der Kläger sich in Begleitung mehrerer Zeugen zu dem Hause des Beklagten begiebt und daselbst an diesen oder in Abwesenheit desselben an seine Frau oder eine sonstige zum Hauswesen gehörige Person die Aufforderung richtet, der Beklagte solle nach einer bestimmten Reihe von Nächten zur Verhandlung über die (zu bezeichnende) Klage vor Gericht erscheinen***); diese Ladung hieß mannitio. Die formrichtig vorgenommene Ladung verpflichtet beide Parteien, zur angesagten Zeit vor Gericht zu erscheinen, widrigenfalls den unentschuldigt ausgebliebenen eine Strafe trifft; die formwidrig erfolgte Ladung zieht keinerlei Versäumnißfolge nach sich,

*) Von Johann von Buch um 1340.

**) Sohm L. Sal. S. 11, 27, 36, 126. Siegel: Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens §§ 9—13. Derselbe Rechtsgeschichte § 181 ff. Zöpfl R.-G. § 125a VIII. Grimm, Rechtsalterthümer S. 842 ff.

***) Lex Sal. I. 1, 2, 3, 4, 5, l. Rip. 32 l. Bajuw. 12,2.

Digitized by Google

nöthigt aber die ladende Partei, bis zur Wiederholung der mannitio ein Jahr zu warten.*)

Neben dieser mannitio kam schon früh die bannitio auf d. h. die auf Antrag der Partei durch den Richter erfolgende Ladung der Gegenpartei. Diese bannitio hatte ursprünglich nur die Folge, daß der Ausbleibende wegen Nichtachtung des obrigkeitlichen Befehles zu einer Strafe verurtheilt wurde. Erst als die Anschauung sich verbreitete, daß der Richter dazu berufen sei, einem Rechtsuchenden zu seinem Rechte zu verhelfen, legte man ihr die gleiche Wirkung bei wie der mannitio. Durch ein Capitular von 817 endlich wurde sie die ausschließliche Ladungsform.**)

Sie macht für den Kläger eine vorherige Anrufung des Richters erforderlich, und zwar erfolgte diese gewöhnlich in der Weise, daß der Kläger am ordentlichen Gerichtstage seine Klage vor versammeltem Gerichte erhob und alsdann den Richter bat, den Beklagten zur Antwort aufzufordern. Nur wenn letzterer nicht anwesend war, erfolgte auf Anordnung des Richters seine Ladung durch den Frohnboten, welcher sie in Gegenwart zweier Zeugen vor dem Geladenen selbst oder einer zu seinem Hauswesen gehörigen Person ausspricht. Beim Königsgericht wurde es üblich, daß der Kläger den Richter außerhalb des Gerichtes um die Ladung des Beklagten bat, auch wurde hier seit dem 13. Jahrhundert die Schriftlichkeit der Ladung üblich. Regelmäßig wurde die Ladungsurkunde, welche die Parteien, den Gerichtstag, den Verhandlungsgegenstand bezeichnete und die Aufforderung, zu erscheinen, enthielt, dem Kläger ausgehändigt, der nun dafür Sorge zu tragen hatte, daß sie dem Beklagten durch einen Boten seines heimischen ordentlichen Gerichtes zugestellt wurde. Doch trat neben diese Form schon früh die Zustellung durch einen vom Königsgericht unmittelbar beauftragten Boten.***)

Der Prozeß wird also, sei es daß der Kläger oder der Richter den abwesenden Beklagten ladet oder daß der Richter den anwesenden Beklagten zur Antwort auffordert, durch eine vom Kläger ausgehende Erklärung eröffnet, ohne daß es hierzu der Mitwirkung des Beklagten bedurfte.

---

*) L. Sal. 96, 2.

**) Sohm: Fränkische Reichs- u. G.-V. I S. 115—117. Brunner, Schwurgerichte. S. 62.

***) Franklin, Hofgericht II. 211 ff.

Digitized by Google

§ 36. Die Prozeßerledigung.

So lange die gerichtliche Thätigkeit darauf beschränkt blieb, ein Beweisurtheil, das zugleich bedingtes Endurtheil war, zu erlassen, alsdann dem Urtheilserfüllungsgelöbniß der Parteien und der Beweisführung beizuwohnen, so lange mußte das Prozeßverhältniß mit Beendigung dieser Thätigkeiten des Gerichts oder mit dem Ausspruche der Friedloslegung seine Erledigung finden. Jedenfalls gehörte die Vollstreckung des Urtheilserfüllungsgelöbnisses nicht mehr zum Prozesse. Sie erfolgte, wie die Durchführung anderer einseitiger und liquider Privatrechtsansprüche durch den Kläger ohne Mitwirkung des Gerichts durch das sog. Betreibungsverfahren. Es änderte sich dies im Sinne des heutigen Rechts, als später das Urtheilserfüllungsgelöbniß außer Gebrauch kam und es üblich wurde, nach stattgehabter Beweisführung ein unbedingtes Endurtheil zu erbitten, und als endlich die Vollstreckung des Spruches der Mitwirkung des Gerichtes bedurfte.

B. Die Prozeßverhandlung oder die Stoffvorlage.

1. Das Verfahren bis zum Endurtheil.

§ 37. Die Prozeßverhandlung in dem auf Feststellung des Rechts gerichteten Abschnitte des Verfahrens bewegt sich in Rede und Gegenrede der Parteien und den auf diese abgegebenen Urtheilen des Gerichts.

Die Parteireden sprechen diejenige rechtliche Beziehung aus, in welcher die Partei zum Streitgegenstande steht oder zu stehen meint, oder sie nehmen Stellung zu einer rein prozessualischen oder zu einer durch die eigenthümliche Lage des Prozesses veranlaßten Rechtsfrage, die im Verhältniß zu dem eigentlichen Streitpunkte eine Vorfrage bildet.

Das Gerichtsverfahren schreitet bedächtig von Urtheil zu Urtheil fort; jeder einzelne Punkt, jedes auch noch so häufig wiederkehrende Verlangen der Partei wird zum Gegenstande eines besonderen Urtheils gemacht, und zwar eines Urtheils, das jedesmal eine Beurkundung des bestehenden Rechts, häufig in ganz abstrakter Form, öfter in Anwendung auf den vorliegenden Fall, ausspricht.

Digitized by Google

Es folgt hieraus einmal, daß die Parteireden immer nur Stellung nehmen zu der nächsten der Beantwortung durch Urtheil bedürfenden Frage, und zweitens, daß sie stets eine Rechtsbehauptung oder die entsprechende Rechtsverneinung enthalten müssen. Eine besondere Eigenthümlichkeit des mittelalterlichen Verfahrens besteht aber darin, daß die Parteireden, obwohl sie Thatsachenmittheilungen enthalten können, grundsätzlich nichts weiter sind als Rechtsbehauptungen, daß sie sich nicht wie die Rechtsbehauptungen anderer Prozeßsysteme, insbesondere des heutigen Prozeßrechts, in Thatsachenerzählungen auflösen. Es gilt dies vornehmlich von der wichtigsten Rechtsbehauptung des ganzen Prozesses, der Klage. Es geschieht zwar, daß der Kläger durch den Beklagten veranlaßt wird, den Rechtsgrund der Klage zu bezeichnen, daß der Beklagte es auch vorzieht, statt der Klage mit einer bloßen Rechtsverneinung zu begegnen, Einwendungen thatsächlicher Natur zu erheben, aber auch in solchen Fällen pflegt die Partei einen Rechtsbegriff fertig hinzustellen, statt ihn durch Thatsachenmittheilung zu zergliedern. Im übrigen wird in die Parteirede von den die Rechtsbehauptung begründenden Thatsachen nur so viel aufgenommen, als zum Verständniß für den Gegner gerade erforderlich ist. Die Schlußfolgerung also, die heut der Richter aus den ihm vorgetragenen Thatsachen zieht, zog damals außerhalb des Gerichts die Partei. So tritt in dem in Cap. 7, 8 Richtst. Landr. mitgetheilten Falle der Kläger vor den Richter mit der fertig formulirten Rechtsbehauptung: „Der Beklagte ist mir 10 Mark schuldig." Wie er zu dieser Behauptung kommt, sagt er nicht. Der Beklagte antwortet: „Ich bin unschuldig (d. h. nichtschuldig)". Ob er damit bestreiten will, daß die Schuld entstanden sei, oder behaupten will, daß die Schuld nachträglich erloschen sei, bleibt zweifelhaft. Er kann auch behaupten, daß er dem Kläger die Schuld „vergolten" oder daß Kläger ihn „losgelassen" habe; in welcher Weise aber diese Rechtshandlungen vor sich gegangen seien, erklärt er wieder nicht.*)

*) Andere Beispiele sind, daß der Beklagte behauptet, er habe so etwas nicht gethan, was ihn zur Zahlung der verlangten Privatstrafe verpflichte (Richtst. Ldr. 38 § 4); er habe dem Kläger so viel gegeben, als dieser (aus einem Gesellschaftsverhältniß) zu fordern gehabt habe (Hamburger Stadtrecht von 1270. III 16). S. bei Laband, Klagen S. 19, 20.

Digitized by Google

Diese uns heut befremdliche Einrichtung erklärt sich einmal aus dem Umstande, daß der Rechtszustand ein einfacher, Jedermann aus dem Volke leicht begreiflicher war und daß man zu dem Einzelnen das Vertrauen hegte, daß er die Thatsachen, welche ihn zu einer bestimmten Rechtsbehauptung berechtigten, gewissenhaft geprüft habe. Und eine ausreichende Gewähr für die Gewissenhaftigkeit dieser Beurtheilung bot das Beweisrecht. Bei der Verhandlung über die Klage kam es einer jeden Partei nämlich darauf an, diejenige Behauptung aufzustellen, die nach Lage des Falles dem Gericht als die beweiswürdigste erschien. Nur eine Partei kam zum Beweise, und diese führte ihn in den weitaus meisten Fällen durch ihren alleinigen oder durch Eideshelfer unterstützten Eid. Es bedurfte also vor der Eidesleistung einer eingehenden Prüfung jedenfalls durch die Partei selbst, wenn nicht noch außerdem durch eine größere Anzahl anderer Personen, ob die aufgestellte Behauptung denn auch mit der Wahrheit übereinstimme.*)

Der Rechtsbehauptung schloß sich regelmäßig eine Parteiwillenserklärung an, nämlich die ursprünglich unmittelbar an den Beklagten gerichtete feierliche Aufforderung des Klägers, zu antworten, seit der fränkischen Zeit die an den Vorsitzenden gerichtete Bitte, dem Beklagten Antwort zu gebieten, ferner aber die nach Rede und Gegenrede dem Richter vorgelegte Bitte, ein Urtheil zu fragen.

§ 38. Die Klage erscheint dem deutschen Recht nicht als die Verfolgung eines privatrechtlichen Anspruchs, sondern als der gegen den Beklagten erhobene Vorwurf begangenen oder fortgesetzten Unrechts.**) Dieser Auffassung entsprechen die Worte klagen, sculdegen, sie erklärt zugleich, daß es dem deutschen Recht an einer Eintheilung der subjektiven Rechte

*) Auch heute noch begegnet der Prozeßrichter bei einfachen Leuten der festen, schwer zu widerlegenden Meinung, daß man sein Recht beschwören dürfe. „Ich kann beschwören, daß ich Recht habe", oder „Ich bin ihm nichts schuldig, und darauf will ich schwören". Die thatsächliche Begründung solcher Erklärungen ist dann häufig recht schwach.

**) S. Planck I § 49. Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 2 ff. Klage heißt im mittelalterlich-deutschen Prozeßrecht jede Rechtsbehauptung, die ein Unrecht des Gegners rügt, namentlich auch diejenige Parteierklärung, die wir heut zu Tage mit Exekutionsantrag bezeichnen.

Digitized by Google

und an einer Bezeichnung der Klagen nach diesen Rechten fehlt. Das Unrecht, das die Klage zu rügen bestimmt ist, bethätigt sich der natürlichen Anschauung entweder in einer dem objektiven Rechte widersprechenden Handlung oder in der Aufrechthaltung eines dem Rechte nicht entsprechenden Zustandes. Die Folge des Unrechts ist dort, daß der Friede gebrochen ist, hier, daß dem Kläger etwas vorenthalten wird, was ihm gebührt. Dort gilt es, das Unrecht zu sühnen, den Rechtsfrieden wiederherzustellen, hier, den Zustand des Unrechts durch Hingabe des Gegenstandes, an dem es sich äußert, aufzuheben. Der Sachsenspiegel spricht deshalb (I 70 §§ 1, 2, III 79 § 2) von clage umbe ungerichte, umb schult, ûf gût und ûf erbe. Während die erste den Vorwurf des verübten Friedensbruches erhebt, beschuldigt die zweite den Beklagten, daß er nicht leiste, was er zu leisten verpflichtet sei, während die dritte und vierte behaupten, daß der Beklagte sich in einem Besitze befinde, in welchem sich der Kläger befinden sollte.

Einen Fortschritt in der Systematik der Klagen macht der Richtsteig Landrechts. Nach ihm (cap. 5) giebt es bürgerliche, peinliche und gemischte Klagen. Die peinliche Klage ist ihm die, mit welcher der Kläger nichts weiter begehrt, als daß man den Beklagten wegen des von ihm verübten Friedensbruches strafe; die gemischten Klagen sind entweder solche bürgerliche Klagen, die dem Gericht Veranlassung geben, gegen den Beschuldigten wegen seines Ungehorsams (d. h. wegen eines ihm zur Last fallenden rechtswidrigen Verhaltens) eine Strafe zu verhängen, oder solche peinliche Klagen, die eine Bestrafung des Beschuldigten zwar beabsichtigen, aus gewissen Gründen aber nicht erreichen, sondern mit einer Verurtheilung zum Schadensersatz enden.*) Die bürgerlichen Klagen gehen umme scult, umme gut und umme anevanc.

Aber auch diese Eintheilung ist unvollständig und unrichtig. Es fehlt in ihr jede Andeutung, daß auch Statusverhältnisse den Gegenstand eines Rechtsstreits bilden können.**)

---

*) Richtst. Ldr. cap. 36—46. Die gemischten Klagen des Richtst. dürfen also nicht mit den actiones mixtae des römischen Rechts verwechselt werden.

**) Vgl. z. B. Sp. III 28, 32 § 2. Richtst. Ldr. cap. 24 bezeichnet die Frage nach Unebenbürtigkeit nur als Vorfrage im Erbschaftsstreit. S. auch v. Bethmann-Hollweg IV 1 S. 61 ff. Plan S. 739. Behrend: Zum Prozeß der Lex Salica S. 63.

Digitized by Google

Ferner kann die Klage ‚um' anevanc nicht der Klage um Gut gleichberechtigt angereiht werden, da sie nur eine Form der Klage um Gut bildet. In der That lassen sich die vermögensrechtlichen Klagen nur scheiden in Klagen um Schuld und Klagen um Gut.*) Dieser Gegensatz läßt sich von Altersher verfolgen. Er spricht sich in der Verschiedenheit des Unrechts aus, das dem Beklagten durch die Klage zum Vorwurf gemacht wird. In den Klagen um Schuld wird entweder nur das Vorhandensein einer Verpflichtung des Beklagten oder, wo es erforderlich scheint, der Grund derselben angedeutet, d. h. auf einen von den Parteien geschlossenen Vertrag oder ein vom Beklagten begangenes Delikt Bezug genommen, während die Klage um Gut sich durch die Behauptung charakterisirt, daß der Beklagte sich in unrechtmäßigem Besitze befinde (malo ordine possides). Das Recht, aus welchem der Kläger diesen Besitz für sich begehrt, tritt als Nebensache hinter diese Behauptung zurück.

§ 39. Die Herstellung von im wesentlichen gleichen Verfahrensgrundsätzen für die verschiedenen Arten der Klagen ist das Erzeugniß einer jahrhundertelangen Entwicklung.

Wie schon erwähnt (§ 28) gab es in ältester Zeit ein geregeltes gerichtliches Verfahren nur für den Deliktsprozeß. Nur im Wege des Deliktsprozesses konnte der Kläger wieder in den Besitz einer ihm entwendeten Sache gelangen, da die Verurtheilung des Beklagten in diesem Prozesse nicht nur auf die Diebstahlsbuße, sondern daneben auf Herausgabe oder Ersatz der gestohlenen Sache lautete, und nur eine besondere Gestaltung dieses Prozesses bildete das sog. Dritthandverfahren.**) Die Diebstahlsklage konnte nämlich in dreifacher Weise erhoben werden. Einmal nämlich, indem man den auf handhafter That ergriffenen Dieb vor Gericht führte und dort, ohne daß derselbe in diesem Falle zu einer Vertheidigung befugt gewesen wäre, seine Verurtheilung zum Tode herbeiführte. Die gestohlene Sache nahm der Kläger einfach an sich. Zweitens konnte der Kläger, wenn ihm objektive Ueberführungsmittel nicht zu Gebote standen, die

*) Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts I § 78.

**) S. besonders London, die Anefangsklage 1885. Schröder, R.-G. S. 346 ff.

Digitized by Google

schlichte Klage erheben d. h. die einfache Diebstahlsbeschuldigung aussprechen. Da in diesem Falle nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes von dem Inhalte der Parteireden eine Aufzählung der einzelnen gegen den Beklagten sprechenden Verdachtsgründe dem Kläger nichts nützte, dieser vielmehr auf die einfache Rechtsbehauptung, daß der Beklagte des Diebstahls schuldig sei, beschränkt blieb, so konnte der Beklagte diesem Vorwurfe mit der einfachen Rechtsverneinung begegnen, daß er unschuldig sei. Das Beweisrecht des altdeutschen Prozesses brachte es in diesem Falle mit sich, daß der Regel nach auf einen Reinigungseid für den Beklagten erkannt wurde.

Weniger ungünstig für den Kläger liegt der Fall, wenn der Beklagte im Besitze der abhanden gekommenen Sache betroffen wird. Dieser Umstand galt dem mittelalterlichen Rechte als eine derartig starke Vermuthung für die Schuld des Beklagten, daß es denselben verpflichtete, die Diebstahlsbeschuldigung durch einen mit stichhaltigen Thatsachen zu führenden Gegenbeweis zu entkräften.*) Um sich nun aber jenes Beweismittels zu versichern, mußte der Bestohlene mittelst der Spurfolge (vestigii minatio) die entwendete Sache aufsuchen. Er begann hiermit, indem er durch Erhebung des Gerüftes**), dem man zu folgen verpflichtet war, eine Schaar um sich sammelte, die, im Falle ihm Widerstand geleistet wurde, zu seiner Unterstützung, andernfalls bei rechtlich wichtigen Vorgängen zu seinem Zeugniß diente. Leitet die Spur zu einem Hause, so darf der Bestohlene in förmlicher Weise eine Haussuchung vornehmen. Leistet der Besitzer des Hauses Widerstand, so verfällt er in die Diebstahlsstrafe, bleibt die Haussuchung erfolglos, so hat er seinerseits eine Buße zu fordern. Wird die Sache gefunden, von Seiten ihres Besitzers aber als eine nicht diebliche bezeichnet, so legt der Bestohlene die Hand auf sie und verlangt ihre Verwahrung bei einem Dritten. Dieses Anfassen der Sache hieß anfahen, anfang. Hierauf leisten beide Parteien einen Eid, der nicht als Beweis-, sondern nur als Gefährdeeid bezeichnet werden kann: der Kläger schwört, daß ihm die von ihm hier vorgefundene Sache entwendet worden sei, und sichert

*) London a. a. O. S. 119.

**) Ein als Hülferuf dienendes Zetergeschrei.

Digitized by Google

damit den Beklagten vor der Gefahr einer muthwilligen oder leichtsinnigen Klage; der Beklagte schwört, daß er die Sache unmittelbar oder mittelbar, d. h. von einem Andern erworben habe, und sichert damit den Kläger vor der Gefahr eines chikanösen Widerspruchs. Hieran schließt sich das Versprechen des Beklagten, im nächsten gerichtlichen Termine den Beweis des behaupteten Erwerbes zu führen, und das Versprechen des Klägers, diesen Beweis entgegenzunehmen. Das weitere Verfahren kann sich folgendermaßen gestalten. Der Beklagte kann den Beweis erbringen, daß die gefundene nicht mit der gestohlenen Sache identisch sei, insbesondere also, daß er die Sache schon vor dem Diebstahl besessen oder daß die Sache erst nach dem Diebstahl entstanden sei. In diesem Falle behält der Beklagte die Sache, und der Kläger hat eine Buße zu zahlen. Wichtiger ist der Fall, daß der Beklagte behauptet, die Sache von einem Dritten erworben zu haben. Kann er seinen Vormann nicht nennen, so ist er zur Herausgabe der Sache verpflichtet, wird aber von der Diebstahlsstrafe frei, wenn er durch Reinigungseid erhärtet, daß er die Sache nicht gestohlen habe.

Benennt er seinen Gewährsmann, so hat er ihn vor Gericht zu stellen, und es entspinnt sich, wenn der Gestellte seine Gewährsschaft bestreitet, nunmehr ein prozessualisches Verfahren zwischen dem ursprünglichen Beklagten und dem angeblichen Gewährsmann. Bekennt sich letzterer freiwillig oder gezwungen zu der Auktorschaft, so hat er an den Beklagten die einst von diesem empfangene Summe zurückzuerstatten. Der letztere scheidet damit aus dem Prozesse aus, das Anfangsverfahren wird gegen den Gewährsmann gerichtet und so lange erneuert, bis Derjenige ermittelt ist, der die Sache gestohlen hat, oder Derjenige, der den Nachweis unmittelbaren Erwerbes führt. Von dem häufigeren und für die Gestaltung des Verfahrens wichtigeren Falle, daß der ursprüngliche Beklagte sich auf den „Dritten", den Gewährsmann, zieht und daß häufig an diesen Dritten auch der Gewahrsam der streitigen Sache übergeht, heißt das ganze Verfahren intertiatio oder Dritthandverfahren. Dasselbe ist, wie gezeigt, ein im wesentlichen außergerichtliches; nur der Beweis wird vor Gericht geführt, und dieses hat den Rechtsgrundsätzen der älteren Periode entsprechend auch nicht über den Herausgabeanspruch, sondern im Streitfalle nur über die formale Berechtigung des Klägers zur Einleitung des Anfangs-

Digitized by Google

prozesses zu entscheiden. Dieser Prozeß selbst hat sich in seinen Grundzügen bis zum Untergange des mittelalterlich-deutschen Prozeßrechts erhalten.

Ein gerichtliches Verfahren um den Besitz unbeweglicher Sachen war noch der Lex Salica fremd. Die späteren Volksrechte dagegen haben den Grund gelegt auch zu diesem Verfahren, und zwar wird nach ihnen die Klage auf Herausgabe eines Grundstücks mit der Behauptung begründet, der Beklagte besitze das Grundstück zu Unrecht.

Die Verfolgung anderer vermögensrechtlicher, auf Zahlung einer Geldsumme oder Herausgabe einer dem anderen Theile überlassenen Sache gerichteter Ansprüche konnte noch zur Zeit der lex Salica nur im Wege eines außergerichtlichen Betreibungsverfahrens geschehen.*) Da nämlich das gerichtliche Verfahren nicht zu einer Verurtheilung, sondern nur wiederum zu einem feierlichen Erfüllungsversprechen des Beklagten führte, so war es bei dem Vorhandensein einer durch Schuldvertrag begründeten einseitigen und liquiden Forderung überflüssig, vor Gericht zu klagen. Statt dessen begab sich der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung (regelmäßig 40 Nächte nach Abgabe des Versprechens) in Gegenwart von Zeugen zu dem Hause des Schuldners, um ihn hier in förmlicher Weise zur Leistung aufzufordern. Kam der Schuldner dieser Aufforderung nur in der Weise nach, daß er dem Gläubiger andere Sachen an Zahlungsstatt leistete, so hatten die anwesenden Zeugen den Werth der Sachen zu schätzen. Kam der Schuldner der meist mehrmals wiederholten Aufforderung nicht nach, so ließ der Gläubiger durch die Zeugen die formgerecht geschehene Aufforderung sowie den Ungehorsam des Schuldners beweisen und schritt alsdann zur Pfändung.

Nur wenn der Aufgeforderte die Schuld bestritt, kam es zu einem kontradiktorischen Verfahren vor Gericht, zu welchem der Gläubiger seinen Schuldner lud und in welchem über den Anspruch sowie über die Rechtsförmlichkeit der Mahnung entschieden wurde. Fiel der Prozeß zu Ungunsten des Klägers aus, so hatte dieser eine Buße zu zahlen, fiel er zu Gunsten des Klägers aus, so verfiel der Beklagte in eine an den

*) Sohm, Prozeß der lex Salica. S. 11 ff., 163 ff. Behrend: Zum Prozeß der lex Salica. 1873. Brunner: D. R.-G. S. 184. Schröder: D. R.-G. S. 86 ff.

Digitized by Google

Kläger und eine an den Richter zu zahlende Buße. Die Vornahme der Pfändung setzt in jedem Falle einen auf Antrag des Gläubigers vom Richter an den Schuldner gerichteten, förmlichen Zahlungsbefehl, das nexti cantichio der fränkischen Zeit, voraus, eine Eigenthümlichkeit, die sich im altdeutschen Prozesse erhalten hat.

Eigenthümlich ist auch diesem Verfahren der pönale Charakter der Klage: Der Gläubiger wirft seinem Schuldner sein Unrecht vor, das darin besteht, daß er seiner Verpflichtung nicht nachkommt, und das zu einer Bestrafung des Schuldners wegen seines Ungehorsams führt. Mehr und mehr wurde das gerichtliche Verfahren die Regel, daneben erhielt sich für einseitige, liquide Ansprüche das Betreibungsverfahren.

§ 40. So wurde nach und nach für alle privatrechtlichen Verhältnisse die Möglichkeit gerichtlicher Feststellung eröffnet und ein für alle Klagen im wesentlichen gleichartiges Verfahren entwickelt. Freilich stehen formelles und materielles Recht im deutschen Recht des Mittelalters in engerer Beziehung zu einander als in anderen Prozeßsystemen: denn hier entspricht der auf die Art der Klagebegründung gestützten Verschiedenheit der Klageformen eine Verschiedenheit in der Art der Vertheidigung, namentlich aber eine Verschiedenheit in der Entscheidung über die Beweisrolle und in der vom Recht zugelassenen oder geforderten Beweismittel.

Die unten ausführlicher zu behandelnde Eigenthümlichkeit des Beweisrechts, daß ein Gegenbeweis ausgeschlossen war und stets nur eine Partei bewies, mußte auf die Rechtsbehauptungen der Parteien zurückwirken: Parteien und Urtheiler betrachteten diese Behauptungen nur von dem Gesichtspunkte ihrer größeren oder geringeren Anwartschaft auf den Beweisvorzug; das Bestreben der Partei war auf Erlangung des Beweisrechts gerichtet, und die Aufgabe der Urtheiler bestand in der Prüfung der Frage, welcher Behauptung das Beweisrecht zuzuerkennen sei. Welche Grundsätze bei dieser Prüfung maßgebend gewesen sind, diese Frage hat die Wissenschaft des deutschen Rechtes seit langem beschäftigt. Die Wichtigkeit derselben für das Verständniß des ganzen deutschen Prozeßrechts erheischt eine Mittheilung der hauptsächlichsten Ansichten.

Lange Zeit hindurch begnügte man sich mit der Erklärung, die Beweisrolle sei dem Beklagten zugefallen, Abweichungen

Digitized by Google

von diesem Grundsatze seien Ausnahmen, eine Ansicht, die jedenfalls das für sich hat, daß in den meisten uns überlieferten Fällen in der That der Beklagte die beweisende Partei war. Die Fälle aber, in denen der Kläger bewies, sind doch so zahlreich, daß man sie nicht als bloße Ausnahmen betrachten kann, sondern auf eine Regel zurückführen muß, die für eine nicht geringe Zahl von Fällen die Anwendung jenes Grundsatzes ausschloß. Dieser Umstand veranlaßte Planck*), den Grundsatz aufzustellen, daß die Beweisrolle dem Angegriffenen zugesprochen worden sei, angegriffen sei aber nicht immer der Beklagte. „Er (der Beklagte) ist es wenigstens dem äußern Anschein nach, der das fragliche Gut verlieren soll, er ist der processualischen Lage nach vorläufig der Angegriffene, er ist einstweilen in der Stellung des Angegriffenen: in der were. R. Ldr. 4. a. E. Es ist ja ganz wohl möglich, daß der Beklagte nur thatsächlich hat, was rechtlich der Kläger haben sollte, oder auch, daß er zwar rechtlich hat, aber zugleich rechtlich verpflichtet ist, dem Kläger zu geben, bezw. zu gestatten, daß der Kläger nehme. In solchen Fällen ist nicht der Beklagte der Angegriffene, sondern der Kläger. Denn er ist den Rechten nach der, der das Gut, das er rechtlich schon hat oder das ihm rechtlich zukommen soll, durch die Weigerung des Beklagten zu verlieren im Begriff ist." Dieser Ausführung steht entgegen, daß nicht derjenige zum Angreifer wird, welcher ein Recht auf den Streitgegenstand behauptet, sondern derjenige, der durch Geltendmachung eines Rechtes auf den Streitgegenstand eine Aenderung des bestehenden thatsächlichen Zustandes herbeizuführen wünscht. Hieraus folgt, daß der Beklagte, der nur behalten will, was er hat, immer nur abwehrt, gleichviel ob er zu dieser Abwehr sich des einfachen oder eines auf ein Recht gestützten Widerspruchs bedient. Ueberdies dürfte Planck kaum Glauben finden, wenn er meint, die von ihm vorgetragene Ansicht sei die Anschauung der völlig ungeschulten, nur dem natürlichen Rechtsgefühl folgenden Bauern des 13. und 14. Jahrhunderts gewesen. Ist es nicht auch für einen Juristen schwierig, sich zu der Auffassung zu ver-

*) Zuerst in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 10 (1846) S. 205—324, später in dem häufig angeführten Werke: das deutsche Gerichtsverfahren. 1879. I S. 423 ff.

Digitized by Google

stehen, der Beklagte greife mit dem Einwande, die Schuld sei ihm erlassen oder gestundet, den Kläger an? (Planck I S. 451, 452).

Noch weniger Begründung hat die Ansicht v. Bar's*), es sei dem Beweise diejenige Behauptung näher gewesen, welche sich als die wahrscheinlichere dargestellt habe, und der Beweis habe diese Wahrscheinlichkeit zur Gewißheit erhoben. Diese Ansicht wird durch das bei der schlichten Schuldklage zur Anwendung gebrachte Prinzip widerlegt. Der vom Kläger aufgestellten Behauptung der Schuld setzt der Beklagte die Behauptung der Nichtschuld entgegen. An sich verdient jene Behauptung denselben Glauben wie diese, nun beweist hier der Beklagte die Nichtschuldbehauptung. Diese für die wahrscheinlichere zu erklären, hätte eine freie Prüfung einer Reihe von Umständen, vielleicht des Charakters des Klägers, der Vermögensverhältnisse beider Parteien erfordert. Aber nichts lag dem deutschen Prozeßrecht ferner als eine solche freie Würdigung aller auf die subjektive Ueberzeugung des Richters wirkenden Umstände.

Es ist gerade der Fall der schlichten Schuldklage, der das Verständniß für den durchaus natürlichen und einfachen Grundsatz öffnet, welchem die Urtheiler bei der Vertheilung der Beweisrolle gefolgt sind.

Die Behauptung einer jeden Partei galt als wahr, bis sie durch die entgegengesetzte Behauptung der andern Partei entkräftet wurde. Um die gegnerische Behauptung zu entkräften, war also die Aufstellung einer positiven Gegenbehauptung erforderlich. Behauptete der Kläger: „Der Beklagte ist mir zehn Mark schuldig," so beseitigte der Beklagte die Wirkung dieser Behauptung durch die Gegenbehauptung: „Ich bin dem Kläger nichts schuldig," oder wie es in der Sprache der Quellen heißt: „Ich bin unschuldig." Die gegnerische Behauptung behielt ihre Geltung, wenn die angeredete Partei sich nicht erklärte oder wenn sie „bekannte" d. h. die Behauptung der Gegenpartei ausdrücklich als richtig bezeichnete; sie wurde weder bekräftigt noch widerlegt, wenn der Gegner sie einfach bestritt d. h. nur in Zweifel zog. Auf diesen thatsächlich vorhandenen Unterschied

*) Beweisurtheil des germanischen Prozesses. 1866. S. 41 ff.

Digitized by Google

zwischen den blos angezweifelten und den durch Behauptung des Gegentheils widerlegten Behauptungen wurde das deutsche Prozeßrecht durch die geschichtliche Entwicklung der Schuldklage hingeleitet. Dieser ging, wie gezeigt, eine Aufforderung des Klägers an den Beklagten voran, eine bestimmte Leistung zu machen; hier war zu bloßem Bestreiten kein Raum, der Beklagte hatte nur die Wahl, sich dem Verlangen des Klägers zu unterwerfen oder ihm eine Weigerung entgegenzusetzen. Die Klage war aber ursprünglich nichts anderes als die vor Gericht gestellte Aufforderung. Lautete dieselbe nur: „Du schuldest mir 30 Mark. Erkläre, ob Du sie zahlen willst," so konnte ihr wirksam nur begegnet werden durch die ausdrückliche Weigerung: „Ich zahle nicht, denn ich bin nicht schuldig." Eine dahingehende Antwort: „Ich weiß nicht, ob ich schuldig bin," wäre eine der gegnerischen Erklärung nicht entsprechende und daher nach damaliger Auffassung überhaupt keine Antwort gewesen. Später ließ man dieses bloße Anzweifeln zu, aber es hatte die Wirkung, daß nun der Kläger seine in Frage gestellte Behauptung durch einen von ihm geführten Beweis außer Frage stellte, während man den Beweis der positiven Gegenbehauptung dem Beklagten zuerkannte. Es folgt hieraus, daß diejenige Behauptung den Beweisvorzug verdiente, durch welche die gegnerische Behauptung entkräftet wurde. Dies Prinzip kam zur Geltung auch dann, wenn der Beklagte eine Thatsache behauptete, aus welcher nach seiner Meinung das Gegentheil der klägerischen Rechtsbehauptung folgte. Setzte dann der Kläger dieser Thatsache wiederum eine andere Thatsache entgegen, so war die Aufgabe des Urtheilers die, die Erheblichkeit der behaupteten Thatsachen zu prüfen und diejenige Behauptung herauszufinden, durch welche alle anderen Behauptungen widerlegt wurden, durch deren Beweis also die Entscheidung des Prozesses herbeigeführt wurde*.)

*) Die hier ausgesprochene Ansicht stimmt mit der von Laband: Vermögensrechtliche Klagen u. s. w. vertretenen und durch zahlreiche Quellenstellen außer Zweifel gesetzten Ansicht überein. Es hätte vielleicht genügt, einfach auf Laband zu verweisen. Da aber das reiche Quellenmaterial, das Laband, wenn auch nur für einen bestimmten örtlich und zeitlich begrenzten Kreis angiebt, hier nicht mitgetheilt werden konnte, durfte es als nützlich betrachtet werden, zu zeigen, auf welchem Wege der Verfasser nach dem Studium der Werke von Sohm, Planck und v. Bar zu der oben vertretenen Ueberzeugung gelangt ist.

Digitized by Google

Ermöglicht wurde diese Prüfung dadurch, daß die Häufung verschiedener, den gleichen Zweck verfolgender, sich aber gegenseitig widersprechender Behauptungen, wie z. B. ich habe gezahlt, außerdem ist mir die Schuld erlassen worden, ausgeschlossen war, sowie dadurch, daß die Anführung einer selbständigen Thatsache das Zugeständniß der gegnerischen Behauptung einschloß. Wer z. B. Stundung oder Erlaß einwandte, gestand das Dasein der von der Gegnerseite behaupteten Schuld ein.

Wurden gleichwerthige Behauptungen einander gegenübergestellt, so entschied über den Beweisvorzug das kräftigere Beweismittel.*)

Diese Grundsätze kamen bei den einzelnen Klagearten in folgender Weise zur Anwendung.**)

§ 41. a. Klage um Schuld.***)

Sie kann in zweifacher Form angestellt werden.

1. Der Kläger stellt die durch Thatsachen nicht unterstützte Behauptung auf, daß der Beklagte ihm eine gewisse Leistung schuldig sei. Diese Behauptung wird durch die Gegenbehauptung des Beklagten, daß er unschuldig (nichtschuldig) sei, entkräftet. Deshalb genügt hier die durch Thatsachen nicht unterstützte Gegenbehauptung des Beklagten, welche er durch den von ihm allein zu schwörenden Unschuldseid beweist. Der Kläger kann regelmäßig nur seine frühere Behauptung, daß die Schuld bestehe, wiederholen. Wählt der Beklagte aus irgend einem Grunde statt der einfachen Behauptung der Nichtschuld, (des slicht versaken) einen durch Thatsachenbehauptung unterstützten Widerspruch (wedderrede) z. B. daß er bezahlt habe, so ist damit die Klagebehauptung entkräftet; folglich hat der Beklagte seinen Widerspruch zu beweisen. Die Klagebehauptung ist aber nicht in ihrem ganzen

---

*) Brunner: Schwurgerichte S. 52. Löning: Reinigungseid bei Ungerichtsklagen S. 12—20.

**) Hier kann nur eine Uebersicht gegeben werden. Das Detail führt zu tief in das Privatrecht hinein. S. dasselbe bei Laband und Planck.

***) Planck I S. 429 ff. Laband: Vermögensrechtliche Klagen S. 10—50.

Digitized by Google

Umfange widerlegt, vielmehr hat der Beklagte, der Tilgung einwendet, das Entstandensein der Forderung zugegeben und nur eine schuldaufhebende Thatsache zur Kenntniß des Gerichts gebracht, die Gegenstand der Wahrnehmung oder anderweit erlangter Kenntniß auch anderer Personen geworden sein kann. Darum können sich das Gericht und der Gegner hier mit dem Eineide des Beklagten nicht begnügen, sondern sie sind einen Beweis zu verlangen berechtigt, der eine größere Ueberzeugungskraft besitzt d. h. entweder Zeugenbeweis oder den Eid des Beklagten mit zwei Eideshelfern. Ist der Kläger nicht im Stande, seine Rechtsbehauptung durch Thatsachen zu stützen, und setzt ihr der Beklagte einfachen Widerspruch entgegen, so ist das ein Zeichen, daß die Frage über Bestehen oder Nichtbestehen des Schuldverhältnisses von der freien Beurtheilung der Parteien abhängt; dann ist der Kläger nicht berechtigt, von dem Beklagten einen andern Beweis zu verlangen als den auf gewissenhafte Prüfung gegründeten Eineid des Beklagten.

Stellt der Beklagte dem Kläger ein Recht entgegen, das ihn von der an sich begründeten Verpflichtung zu leisten entbindet, so ist der Kläger in der gleichen Lage wie vordem der Beklagte, d. h. er ist genöthigt, sich über das behauptete Bestehen eines Rechtes zu erklären. Selbst wenn er dieser Rechtsbehauptung einen einfachen Widerspruch entgegengesetzt, wiederholt er nicht einfach die Klagebehauptung, sondern entkräftet ein selbständiges Vertheidigungsmittel des Beklagten durch Gegenbehauptung. Die Folge ist, daß der Kläger zum Beweise gelangt.

2. Es auf den Unschuldseid des Beklagten ankommen zu lassen, wurde immer mißlicher, je mehr der Verkehr sich entwickelte und neue, nicht ganz einfache Rechtsverhältnisse schuf. Denn es war ja nicht die Gewissenhaftigkeit des Schuldners allein, der sich der Kläger vertraute, sondern auch die Urtheilsfähigkeit desselben und die Treue seines Gedächtnisses. Es kam deshalb darauf an, dem Beklagten den Rückzug auf seinen Unschuldseid abzuschneiden. Schon der Sachsenspiegel zeigt hierzu das Mittel an, indem er I 7 erklärt: Swaz her aber vor gerichte tût, des verzûget in der sachewalde mit zwên mannen und der richter sal der dirte sin.*) Wenn also Jemand vor Gericht eine Verpflichtung

*) In Uebereinstimmung hiermit Richtst. Ldr. 46 § 1.

Digitized by Google

übernommen hat, so soll dies durch Gerichtszeugniß bewiesen werden können. Der Kläger hatte hiernach die Befugniß, entweder schon in der Klage auf ein unter Gerichtszeugniß gestelltes Schuldbekenntniß des Beklagten Bezug zu nehmen und damit dem Beklagten den Widerspruch zu erschweren oder den schon erfolgten Widerspruch durch Hinweis auf eine gerichtliche Erklärung des Beklagten zu entkräften. Hieraus hat sich die zweite, im Gegensatz zu jener ersten „schlichten" „verstärkte" Klageform entwickelt*), und zwar aus dem angeführten Grunde vorzugsweise in den Stadtrechten. Wenn der Kläger schon in der Klage auf das Zeugniß glaubhafter Privatpersonen Bezug nahm, so gelangte er zum Beweise, es sei denn, daß auch der Beklagte für seine Behauptung auf ein gleich kräftiges Beweismittel Bezug nahm, in welchem Falle der oben mitgetheilte allgemeine Grundsatz über die Beweisrolle ungehindert zur Anwendung kam. Jedenfalls war durch den Beweisantritt des Klägers der bloße Unschuldseid des Beklagten unmöglich gemacht. Uebrigens war es dem Kläger unbenommen, die zur Individualisirung der Klage erforderliche Thatsachenbehauptung auf die Antwort des Beklagten nachzuholen, erst das Beweisurtheil bewirkte den Ausschluß fernerer Behauptungen.

Es lag hierin ein erheblicher Fortschritt zu einer rationellen, entwickelteren Verkehrsverhältnissen entsprechenden Klagebegründung.

§ 42. b. Klage um Gut.**)

Diese Klage veranlaßt durch ihre Begründung,

dat N under sic hebbe dat he bilker hedde wen he oder dat N. des sines hebbe

oder dat he (der Beklagte) sik hebbe dines gudes edder egens underwunden,

oder dat he em syn pert vorholde unde wil is em nicht weddergeven***)

---

*) Planck I § 96. v. Bar, Beweisurtheil S. 255 ff. v. d. Pfordten Zschr. f. Rgeschichte Bd. 12 S. 354. Heusler ebenda Bd. 6 S. 127 ff. S. auch Laband a. a. O. S. 25 ff.

**) Planck I §§ 49, 62 ff. Laband a. a. O. S. 50—106. 155 ff. Homeyer Sachsensp. II 2 S. 618. Hänel, Beweissystem des Sp. S. 182 ff. Heusler Inst. I S. 376 ff. 384 ff. II S. 209 ff.

***) Richtst. Ldr. 11 §§ 1, 3; 26 § 1. Glosse Sächs. Ldr. II 6 § 1.

Digitized by Google

daß der Beklagte eine Sache zu Unrecht in seinem Besitze habe, deren Besitz dem Kläger gebühre, den Beklagten, falls er nicht bekennen und damit das Urtheil überflüssig machen will*), entweder zu bestreiten, daß dem Kläger ein Recht auf diese Sache zustehe, oder zu behaupten, daß er ein Recht auf den Besitz habe. Im ersten Falle ist die Klage nicht widerlegt, nicht entkräftet, sondern nur bestritten; es folgt hieraus, daß der Kläger beweist. Im zweiten Falle hat der Beklagte sein Recht anzugeben. Damit entkräftet er die Klagebehauptung von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes und erlangt das Beweisrecht. Dieses Recht kann ihm der Kläger nicht dadurch entziehen, daß er die Behauptung des Beklagten bestreitet, denn damit würde er ja nur seine Klagebehauptung, daß der Beklagte zu Unrecht besitze, wiederholen. Vielmehr ist es Sache des Klägers, die Klagebeantwortung dadurch zu widerlegen, daß er entweder durch positive Behauptung den Rechtserwerb des Beklagten ansicht oder das von ihm geltend gemachte bessere, das Recht des Beklagten ausschließende Recht angiebt, in welchem Falle er zum Beweise dieses seines Rechts gelangt.

Bei dem Streite um unbewegliche Sachen entsteht eine Schwierigkeit dann, wenn entweder beide Parteien behaupten, im Besitze zu sein, oder keine Partei im Besitze ist, ihn aber anspricht. Im ersten Falle wird eine Jury der Nachbarn gebildet, welche nach Stimmenmehrheit darüber entscheidet, wer Besitzer sei. Konnten die Umsassen aus Unkenntniß der Sachlage eine Entscheidung nicht treffen, so wurde entweder zum Wasserurtheil gegriffen oder es wurde von beiden Parteien ein Gefährdeeid verlangt, daß ihre Erklärungen auf ihrem besten Wissen beruhten, worauf das Gut getheilt wurde.**) Im zweiten Falle entscheidet den allgemeinen Grundsätzen über den Beweisvorzug gemäß über das Beweisrecht das stärkere Recht, eventuell das bessere Beweisangebot, schlimmstenfalls nahm man auch hier seine Zuflucht zur Theilung des Grundstücks. Allein der Streit über die Frage, wer von beiden Besitzer sei, bildete einen Zwischenstreit in dem Prozesse um das Recht zum Besitze. Eine eigentliche Besitzklage war

*) Sp. Lehnr. 7 §. 2.

**) Sp. III 21. Sp. Lehnr. 40. Richtst. Ldr. 26 § 6. Richtst. Lehnr. 29 § 2–5.

Digitized by Google

dem deutschen Rechte fremd, es ist ihm deshalb auch der Gegensatz von petitorischem und possessorischem Schutze nicht bekannt.*) War indeß Jemand gewaltsam seines Gutes entsetzt worden, so konnte er sich für einen etwa zu erwartenden Prozeß den Vorzug der Beklagten- und damit für die meisten Fälle den der Beweisrolle dadurch sichern, daß er die Besitzentsetzung innerhalb Jahr und Tag durch zwei Zeugen bewies.**)

Die Klage auf Herausgabe einer beweglichen Sache kann erhoben werden

a) in dem Falle, wenn der Kläger die Sache dem Beklagten zur Aufbewahrung, zur Benutzung oder zur Sicherheit überlassen hatte. Sie konnte sich dann nur darauf stützen, daß die Voraussetzung für die Rückgabe, insbesondere die festgesetzte Zeit, eingetreten sei und daß der Beklagte die Sache, die dem Kläger gebühre, jetzt zu Unrecht besitze.

Immer ist Voraussetzung der Klage auf Gut, daß der Beklagte die Sache thatsächlich hat, er entkräftet sie deshalb durch die Gegenbehauptung, daß er die Sache nicht habe, und beweist seine Behauptung durch den Unschuldseid, es sei denn, daß der Kläger ein stärkeres Beweismittel für den Besitz des Beklagten anbieten kann, in welchem Falle der Kläger beweist.

b) Die Klage kann ferner in der Weise begründet werden, daß der Kläger von vornherein ein das Leugnen ausschließendes Beweismittel für den Besitz des Beklagten anbietet. Die Klage ist in diesem Falle die oben beschriebene Anefangsklage. Doch hat sie im Laufe der Zeit ihren strafrechtlichen Charakter mehr und mehr abgestreift. Zugelassen in jedem Falle unfreiwilligen Besitzverlustes, bezweckt sie die Bestrafung des Diebes als Nebensache, die Wiedererlangung des Streitgegenstandes als Hauptsache, auch hängt sie nicht mehr davon ab, daß der Kläger die Sache im Wege der Spurfolge entdeckt, sondern davon, daß er sie nur überhaupt im Besitze des Beklagten angetroffen und sofort ergriffen hat.

---

*) Bruns: Recht des Besitzes S. 285 ff. Delbrück: Zschr. f. deutsches Recht Bd. 14 S. 241 f. Laband: a. a. O. S. 173 f. Planck I § 74. S. 687 ff. Heusler: Inst. II S. 44 ff.

**) Laband a. a. O. S. 185 ff. Heusler Inst. II S. 46.

Digitized by Google

§ 43. Die Erhebung einer Widerklage wird als an sich zulässig erwähnt, doch ist sie nicht geeignet, die Entscheidung über die Klage aufzuhalten.*)

§ 44. An verschiedenen Stellen der bisherigen Darstellung war eine Andeutung besonderer Eigenthümlichkeiten des altdeutschen Beweisrechts geboten. Dieses bildete durch seinen Formalismus das Extrem der sog. Legaltheorie**,) denn an seiner Spitze steht der Grundsatz, daß der Beweis dann geführt ist, wenn die beweisende Partei die vom objektiven Recht für den Beweis verlangte Form erfüllt hat. Durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht steht von vornherein fest, und das Gericht spricht in seinem Beweisurtheile für den einzelnen Fall aus, durch welches Beweismittel bewiesen werden soll; es ist ferner ein für alle Mal bestimmt, welche Beschaffenheit dieses Beweismittel haben müsse und unter welchen Förmlichkeiten es vorzubringen sei. Wie also die Aufgabe des Beweisführers darin besteht, diesen Anforderungen des Rechtes im einzelnen Falle zu genügen, so ist die Aufgabe des Beweisempfängers damit gelöst, daß er die formellen Voraussetzungen des Beweises prüft.

Der Grund dieser uns heut befremdlichen Erscheinung ist in dem stolzen Selbstbewußtsein des freien Mannes zu finden, das ihm verbietet, sich in eigenen Rechtsangelegenheiten einer anderen Macht als dem Gesetz zu unterwerfen, das ihm deshalb insbesondere unmöglich macht, das Urtheil eines andern Mannes höher zu stellen als sein eigenes. Eine Beweisführung aber, die darin besteht, dem Beweisempfänger die einzelnen schlüssigen Thatsachen vorzulegen und seiner Denkthätigkeit, Erfahrung und Anschauung zu vertrauen, ist nothwendig mit der Anforderung an den Beweisführer verknüpft, sich dem Urtheile eines Andern, des Beweisempfängers, als einem besseren Urtheile zu unterwerfen. Hieraus erklärt sich die oben erörterte Eigenthümlichkeit des mittelalterlichen Gerichtsverfahrens, daß die Aufstellung der fertig formulirten Rechtsbehauptung genügt, daß es völlig überflüssig ist, dem Gericht die Thatumstände zu erzählen, aus denen die Partei ihr Recht herleitet. Denn dem Gericht stand eine Prüfung

*) Sp. III 12 § 1.

**) Vgl. oben: Allgemeiner Theil S. 127 ff.

Digitized by Google

der Richtigkeit dieses Schlusses nicht zu. Es konnte deshalb auch nicht darauf ankommen, zum Zwecke des Beweises die Rechtsbehauptung zu zergliedern und nur die einzelnen thatsächlichen Elemente derselben zur Ueberzeugung des Gerichts zu bringen. Es wird ferner verständlich, daß ursprünglich sich der Beweisführer an seinen *Gegner* wendet und daß das *Gericht* nur abwartet, ob dieser etwa den Beweis als mißlungen bezeichnen wird, um sofort zu entscheiden, wer von beiden Recht hat. Denn bei der Einfachheit jener Beweisprüfung ist der Beweis, der dem Gegner erbracht ist, allen erbracht und dem Gesetze Genüge geleistet.

Aus dem an die Spitze des Beweisrechts gestellten altdeutschen Grundsatze folgt aber mit Nothwendigkeit der Ausschluß des Gegenbeweises, die sog. Einseitigkeit des Beweissystems. Denn der Gegenbeweis hätte wiederum nur in der Erfüllung der vom Recht für den Beweis aufgestellten formalen Erfordernisse bestehen können. Da diese aber Seitens der andern Partei schon erfüllt waren, so hätte man zwei Beweisergebnisse hervorgerufen, von denen das eine dem andern unmittelbar widersprochen, dabei aber den völlig gleichen Werth gehabt hätte als das andere. Hieraus erklärt sich denn auch, wie das sog. erste Verfahren, d. h. das Stadium der Parteibehauptungen nur in einem Kampfe um das „Näherſein", um das Beweisrecht, bestehen und daß sich eine für die Zuerkennung des Beweisvorzuges maßgebende Norm ausbilden mußte. Läßt sich nun auch die Schöpfung eines so gearteten Beweisverfahrens erklären, so drängen sich doch schwere Bedenken gegen seine Zweckmäßigkeit auf. Ueberläßt man die Denkthätigkeit, die der Beweisempfänger mitmachen soll, ausschließlich dem Urtheile der Partei, wer leistet dann noch Gewähr dafür, daß die Partei auch *alles* erwogen und daß sie *richtig* gedacht hat? Sollte nicht, als die Verkehrsverhältnisse verwickeltere und die Unterschiede in der Bildung und Urtheilsfähigkeit größere wurden, den rechtschaffenden Organen die Frage nahegetreten sein, ob nicht eine von *unbefangenen* Personen geübte Thatsachenprüfung eine Bürgschaft für die objektive Richtigkeit der streitigen Behauptung zu bieten im Stande und daß es geboten sei, die Urtheile über Mein und Dein statt auf das von Leidenschaft beeinflußte Meinen der Partei, auf jene gesichertere Grundlage zu stützen? Gewiß ist, daß solche Gedanken lebendig waren und nach Bethätigung strebten. Man konnte

Digitized by Google

ihnen aber im Kampfe mit dem Unabhängigkeitsdrange keine andere Geltung verschaffen, als daß man die Beweismittel so viel als möglich der Natur der in Frage stehenden Behauptung anpaßte. In der That sind die Beweismittel so gewählt, daß sie der gerade zu beweisenden Thatsache einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit geben. Ja man kann annehmen, daß die nicht selten erhebliche Schwierigkeit, den Anforderungen des Gesetzes zu genügen, dem Beweisempfänger die volle Gewißheit von der Wahrheit der bewiesenen Thatsache verschafft haben wird. So erklären sich die Gottesurtheile aus dem kindlichen Glauben des Volkes, daß der Ausgang des Ordale (= Urtheils) das Zeugniß Gottes für die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung enthalte. Wenn Thatsachen streitig sind, die sich regelmäßig vor anderen Personen vollziehen oder zur Kenntniß anderer Personen zu gelangen pflegen, so verlangt man denn auch entweder Zeugenbeweis oder außer dem Eide der Partei noch den einer bald kleineren bald größeren Zahl anderer Personen, die gleich der Partei ihre Persönlichkeit für die Wahrheit einsetzen. Mit dem Eineide der Partei begnügt man sich nur in Fällen, in denen es sich um Thatsachen handelt, die unbetheiligten Personen regelmäßig verborgen bleiben, und wie oben gezeigt, ist man bestrebt gewesen, der Partei den Unschuldseid zu verlegen und dafür dem Gegner die Vorführung eines Beweismittels zu gestatten, das einen stärkeren Eindruck auf den Beweisempfänger machen mußte. Ueberhaupt nahm die Entwicklung des deutschen Prozeßrechts ihre Richtung nach einer Bevorzugung der thatsächlichen Grundlagen der Parteibehauptungen gegenüber der einfachen formulierten Rechtsbehauptung. Diese Entwicklung ist nicht auf Einflüsse fremden, insbesondere kanonischen Rechtes, zurückzuführen, sondern auf das fortschreitende Bewußtsein von der Nothwendigkeit einer den Richter wirklich überzeugenden Beweisführung.*) Wohl aber ist sie dem Eindringen des kanonisch-römischen Prozeßrechts entgegengekommen.

---

*) Sächs. Weichbildrecht c. 130. London: Anfangsklage S. 139, 140. Vgl. v. d. Pfordten: Zschrft. f. R.-G. 12 S. 349 (für den zweiten Theil des 14. Jahrh.). Kühns: Gesch. d. Ger.-Verf. u. s. w. in Brandenburg II S. 346—348. (14. u. 15. Jahrh.). Aus dem 15. Jahrhundert sind Urtheile aufbewahrt, in denen man einen Gegenbeweis zuließ.

Digitized by Google

§ 45. Des Beweises bedürftig sind diejenigen Behauptungen, welche der Gegner bestreitet (versaken). Nur das, was die Gegenpartei „bekennt", ist des Beweises überhoben. Gerichtskundige Thatsachen kennt das deutsche Recht nicht, selbst Vorgänge, die sich vor Augen und Ohren des jetzt versammelten Gerichts zugetragen haben, bedürfen des formellen Beweises.

Beweisgrund ist überall die Erfüllung der vom Gesetze für die Beweisführung aufgestellten formalen Erfordernisse, gleichviel ob das im einzelnen Falle verlangte und vorgeführte Beweismittel an sich eine starke oder eine schwache Beweiskraft haben würde.

Die Beweismittel bedürfen einer eingehenderen Besprechung.

§ 46. Die einzelnen Beweismittel sind folgende:

1. Die Gottesurtheile.*)

Das Anwendungsgebiet der Gottesurtheile war fast ausschließlich das auf Bestrafung von Verbrechern gerichtete Verfahren; und auch hier hatten sie nicht die Bedeutung, die noch heute verbreitete Vorstellungen ihnen beilegen. Sie wurden nur als äußerste Beweismittel herbeigezogen in Fällen, in denen der Reinigungseid nicht zugelassen (für Unfreie und Rechtlose) oder der Beklagte nicht in der Lage war, die erforderliche Zahl von Eideshelfern aufzubringen. Ferner kam es zum Gottesurtheil, wenn der Eid, den die Partei oder ein Zeuge zu leisten sich anschickte, oder der bereits geleistet war, von der Gegenpartei als Meineid bezeichnet, oder wenn eine Urkunde als falsch „gescholten" wurde.

Die Gottesurtheile wurden ursprünglich von der Kirche begünstigt, später immer mehr verdrängt, namentlich seitdem das lateranensische Concilium von 1215 sie verboten hatte. Nur das wichtigste derselben, der Zweikampf, erhielt sich noch bis in das spätere Mittelalter. Der Sachsenspiegel namentlich erwähnt ihn noch für einzelne Fälle und hebt (I 18 § 3) hervor, daß es gegen den Willen Karls des Großen aufrecht

*) Ordal, ordel = Urtheil. Der Name Ordal ist daher ungeeignet für das Gottesurtheil. Grimm: Rechtsalterthümer S. 908 ff. Besonders Wilda in Ersch. u. Gruber: Encyklopädie Sektion III Bd. 4, S. 453—490.

Digitized by Google

erhaltenes Sachsenrecht sei, daß die Partei, die ein vor dem Reiche gefundenes Urtheil schelte, die Entscheidung durch Zweikampf verlangen könne.

2. Der Eid.

Bei der sehr begrenzten Zulässigkeit des Zeugenbeweises war und blieb der Parteieneid das wichtigste Beweismittel des altdeutschen Prozesses. Von dem Schiedseide wie dem Notheide des römischen und des heutigen Prozeßrechts gleich weit entfernt, besteht er in der Bekräftigung der zu beweisenden Behauptung durch die behauptende und beweisende Partei selbst. Er ist also nicht ein Akt der Parteidisposition,*) sondern Beweismittel, und zwar nicht ein von einer vorangegangenen versuchten, aber nicht vollständig gelungenen Beweisführung abhängiges und dieselbe ergänzendes, sondern ein selbstständiges und ausschließliches Beweismittel. Dem Formalismus des Beweisrechts entsprechend mußte das Gericht ihn zulassen, wenn die des Beweises bedürftige Behauptung nach dem Gesetz nur durch Eid dargethan werden konnte. Gegenstand und Inhalt des Eides ist immer diejenige Parteibehauptung, die durch das Beweisurtheil des Gerichts für erheblich erklärt worden, in zahlreichen Fällen also eine Rechtsbehauptung, ein Urtheil der Partei über den Werth und die Wirkung nur ihr bekannter, vielleicht sogar nur vermutheter Thatsachen. Der Inhalt des Eides kann daher so mannigfaltig sein als die Parteibehauptungen nur immer sein können, und es hat verhältnißmäßig geringen Werth, den Eid nach seinem Inhalte so oder so zu benennen. Es sei nur des Gebrauches Erwähnung gethan, den Eid, durch welchen der wegen einer strafwürdigen Handlung Belangte sich von dem Vorwurfe reinigt, Reinigungseid, den Eid, durch welchen die Klage um Schuld beseitigt wird, Unschuldseid (richtiger wäre Nichtschuldeid) zu nennen.

Durch formell richtige Ableistung des Eides wird die beschworene Behauptung bewiesen, weil der vom Recht verlangten Form Genüge geschehen ist. Er konnte dem Beweisführer vom Gegner erlassen werden, in welchem Falle der Beweis als geführt galt.

Der Eid ist aber entweder Eineid d. h. von der Partei

*) S. über die Parteieneide im Allgemeinen Theil dieses Werkes § 84—86.

Digitized by Google

allein, oder ein selbdritt, selbsiebent u. s. w. geleisteter Eid, wenn der Eid der Partei durch den Eid von Eideshelfern (sacramentales, consacramentales, conjuratores) unterstützt wird.

Der Eineid kann als die Ausnahme betrachtet werden. Wie schon erwähnt, wird er zugelassen nur für solche Behauptungen, die ihrer Natur nach sich der Beurtheilung anderer Personen zu entziehen pflegen, namentlich kommt er vor als Beweismittel für die vom Beklagten der Klage um Schuld entgegengestellte Behauptung der Nichtschuld. Da es im späteren Mittelalter anging, den Unschuldseid des Beklagten dadurch unmöglich zu machen, daß der Kläger für seine Behauptung ein stärkeres Beweismittel als der Eineid war, anbot, der Kläger also, der von diesem Mittel keinen Gebrauch machte, das Schicksal seiner Klage ausschließlich von der Gewissenhaftigkeit und Urtheilsfähigkeit des Beklagten abhängig machte, so gewinnt es den Anschein, als gelangte der Beklagte zum Eide hier kraft einer Parteidisposition.

Diese thatsächliche Aehnlichkeit zweier auf ganz verschiedenem Grunde beruhenden Erscheinungen, auf die hier nur aufmerksam gemacht werden sollte, war eine zufällige. Es ist sicher, daß das deutsche Recht auch den Eineid als bloßes Beweismittel betrachtet, d. h. seine zwingende Kraft nicht aus der ihm vermeintlich innewohnenden Vertragsnatur, sondern aus dem Umstande hergeleitet hat, daß durch tadellos erfolgte Leistung des Eides die Gesammtheit der Rechtsgenossen, nicht blos die gegnerische Partei, befriedigt wurde. Es hätte andernfalls der Gegenpartei freistehen müssen, auf die hergebrachten, häufig außerordentlich übertriebenen und daher gefahrvollen Förmlichkeiten der Eidesleistung zu verzichten.*)

Wird ein durch den Schwur von Eideshelfern**) unterstützter Eid verlangt, so beschwört die Partei die zu beweisende Thatsache, während die Eideshelfer schwören, daß dieser Eid rein und unmein***) sei. Worauf die Ueberzeugung der

*) Löning, Reinigungseid S. 274—276 erblickt in dem Ansprechen „auf den Eid" eine Parteidisposition, muß aber die in diesem Falle befremdliche Thatsache zugestehen, daß diese Auffassung im deutschen Recht keine weitere Ausbildung erfahren habe.

**) S. besonders Cosack, die Eidhelfer des Beklagten. 1885. Brunner, D. R.-G. I 182. Maurer, in der krit. Ueberschau, Bd. 5, S. 197—213. Homeyer, Richtst. S. 457 ff. Planck, II §§ 104—107.

***) Mein = verbrecherisch.

Digitized by Google

Eideshelfer von der Wahrhaftigkeit des von der Partei geleisteten Eides beruht, erfährt weder der Gegner noch das Gericht. Dem in Gesetz oder Gewohnheit sich bekundenden Rechtsbewußtsein der Gesammtheit genügt die Thatsache, daß die Partei Personen gefunden hat, die von der Reinheit des Eides der Partei eine so volle Ueberzeugung gewonnen haben, daß sie ihre Persönlichkeit für sie einzusetzen wagen. In ältester Zeit wählte die Partei ihre Eidhelfer selbst, schon in der fränkischen Zeit aber wurde bestimmt, daß ein Theil der Eideshelfer von der Gegenpartei ausgewählt würde, eine Bestimmung, die zu dem Schlusse nöthigt, daß die Wahl auf gewisse eng begrenzte Personenkreise, wie Verwandte, Nachbarn, Gemeindegenossen, beschränkt gewesen sein muß.

Die Zahl der Eideshelfer wird in den verschiedenen Rechtsquellen und für verschiedene Streitfälle verschieden angegeben. Allein sicher herrschten auch hierüber in jedem Rechtskreise bestimmte unabänderliche Normen. Die sächsischen Rechtsquellen verlangen regelmäßig sechs, wenn es sich um Freiheit, Rechtsfähigkeit, Lehn, Eigen oder um Rechte an unbeweglichen Sachen, zwei, wenn es sich um Geld oder fahrende Habe handelt. Ursprünglich wurde der sog. Volleid mit zwölf Eidhelfern geschworen, und noch der Sachsenspiegel verlangt in dem Falle, wenn der Gläubiger gegen den Erben klagt und dieser die Schuld einfach bestreitet, einen vom Kläger mit 72 Eidhelfern zu leistenden Eid (I 6 § 2). Solche Uebertreibungen sind allmählich aufgegeben worden. Gleichwohl ist man nicht bis zu der Erkenntniß fortgeschritten, daß die Bestimmung der Zahl von der Lage des konkreten Falles abhängig zu machen sei. Streng festhaltend an der gesetzlich bestimmten Zahl hat man den Beweis auch nur dann als erbracht angesehen, wenn alle Eideshelfer die verlangte Förmlichkeit der Eidesleistung untadelhaft erfüllten.

Vom Voreide oder Widereide wird in anderem Zusammenhange gesprochen werden.

3. Zeugen.

In einem Beweissysteme, das die Prüfung und Beurtheilung vergangener Thatsachen der Partei überläßt, findet der Zeugenbeweis entweder gar keine oder eine untergeordnete Stätte. Dem mittelalterlich-deutschen Prozesse ist der Zeugenbeweis von Alters her unentbehrlich gewesen, aber die das

Digitized by Google

Beweisrecht beherrschenden Grundsätze haben den Zeugenbeweis verhindert, das zu werden, was er den Römern war und was er uns seit dem Eindringen des römischen Rechts ist, nämlich das natürlichste Mittel, dem Richter von denjenigen Vorgängen, welche die Entscheidung über Recht und Unrecht bedingen, eine möglichst lebendige Anschauung zu gewähren. Denn es kam in jenem Beweissystem durchaus folgerecht nicht darauf an, daß der Zeuge die von ihm sinnlich wahrgenommenen Vorgänge vor Gericht erzählte, sondern lediglich darauf, daß er die zu beweisende Parteibehauptung eidlich bekräftigte. Daß er das beschwor, was die Partei nur behauptete, war das entscheidende, und es leuchtet ein, daß in den meisten Fällen der Zeuge, der das thema probandum schlechthin bejahte oder verneinte, mehr beschwor, als er aus eigener sinnlicher Wahrnehmung wußte, und daß das, was über seine Kenntniß hinausging, durch Mittheilung Anderer, durch das bloße Vertrauen auf die Wahrhaftigkeit des Beweisführers oder durch Schlußfolgerungen ergänzt werden mußte. Die Aussage des Zeugen berührt sich deshalb mit dem Inhalte des vom Eidhelfer geleisteten Eides, und es kann nicht Wunder nehmen, wenn im Sachsenspiegel, dem es schon darauf ankam, daß der Eideshelfer einen gewissen Anhalt für seinen Schwur habe, beide mit dem Worte getüch bezeichnet und nirgends in einen klar hervortretenden Gegensatz bringt.*) Gleichwohl ist eine Unterscheidung geboten: der Eideshelfer schwört mit der Partei, der Zeuge ohne sie; der Eideshelfer beschwört die Reinheit des von der Partei geleisteten Eides, der Zeuge unmittelbar die zu beweisende Behauptung. Indessen hat das deutsche Recht, in richtiger Würdigung der bereits hervorgehobenen Erfahrung, daß die Wissenschaft des Zeugen sich selten mit dem, was die Partei behauptet, deckt, diejenigen Personen als Zeugen nicht zugelassen, die von einem Vorgange nur durch ihre zufällige Anwesenheit Kenntniß erlangt haben. Fehlt es diesen Personen doch häufig an der erforderlichen Aufmerksamkeit und an der Gelegenheit, den später des Beweises bedürftigen Vorgang von Anfang bis zu Ende wahrzunehmen. Vielmehr werden zugelassen nur

a) Urkundszeugen d. h. Personen, die entweder in rechtsförmlicher Weise zur Beurkundung eines bestimmten Vor-

*) So z. B. III 88 § 3.

Digitized by Google

ganges zugezogen, oder, falls sie zufällig anwesend waren, auf ihn aufmerksam gemacht und zu späterer Bekundung aufgefordert worden sind,

b) Erfahrungszeugen d. h. Personen, die in Folge bestimmter Umstände, z. B. Verwandtschaft, Nachbarschaft, Gemeindegenossenschaft, von einem Zustande längerer Dauer vermuthlich Kunde haben.

In beiden Fällen besteht eine ziemlich sichere Gewähr dafür, daß der Zeuge das thatsächlich wisse, was er beschwört. Ob die Voraussetzungen für die Zulassung des Zeugen vorhanden sind, wird durch Fragen des Gegners oder des Richters festgestellt. Diese Fragen dienen aber nicht dazu, von dem Zeugen zu erfahren, was er weiß, sondern nur dem Zwecke, zu prüfen, ob er die zu beweisende Thatsache wissen kann, m. a. W. zur Legitimation des Zeugen. Zu dieser gehört ein weiteres Erforderniß der Zeugenfähigkeit: der Besitz von Grundeigenthum.

Der Beweis ist erbracht, wenn die Zeugen die Parteibehauptung beschwören; er ist mißlungen, wenn die von der Partei vorgeführten Zeugen nicht schwören. Im letzteren Falle ist es der beweisenden Partei nicht gestattet, andere Zeugen vorzuführen.

Die beschränkte Zulässigkeit des Zeugenbeweises auf der einen Seite und das Beweisvorrecht der Zeugenbeweis anbietenden Partei auf der anderen Seite nöthigte zur Beiziehung von Urkundspersonen zu allen wichtigeren Rechtshandlungen des Prozeßrechtes wie des materiellen Rechts.

Das Erfahrungs- oder Gemeindezeugniß bot in der fränkischen, insbesondere der karolingischen Zeit die Anknüpfung, ein vom Zeugenbeweise durchaus verschiedenes, eigenartiges Rechtsinstitut auszubilden. Während der von der Partei angerufene Zeuge, der nicht Urkundszeuge war, keine Verpflichtung hatte, der mannitio der Partei Folge zu leisten, galt der Gehorsam gegenüber einem Rufe des Königs zur Abgabe eines Zeugnisses und Ermittlung der Wahrheit als Unterthanenpflicht. Handelte es sich nun in einem vor dem Königsgericht schwebenden Rechtsstreite um Thatsachen, für deren Feststellung die formalen Beweismittel des allgemeinen Prozeßrechts (des jus strictum) nicht die erforderliche Gewähr leisteten, so lud der König aus eigenem Antriebe glaubhafte Leute vor sein Gericht, um ihnen daselbst von ihm, dem Richter, formulirte Fragen zur Beantwortung vorzulegen.

Digitized by Google

Da es sich also für diese Zeugen nicht darum handelte, die durch das Beweisurtheil zum Beweise gestellte Parteibehauptung einfach zu beschwören, sondern auf alle im Laufe der Verhandlung an sie etwa gerichteten Fragen durch Kundgabe ihrer Wissenschaft zu antworten, so nahm man ihnen im Gegensatze zu den Zeugen des Volksrechts, welche einen Behauptungs- (assertorischen) Eid leisteten, vor ihrer Vernehmung einen Versprechens- (promissorischen) Eid ab. Das darauf beginnende Verhör (inquisitio) bestand entweder darin, daß man an jeden einzelnen eine oder mehrere Fragen richtete und das Ergebniß alsdann einer freien Würdigung unterzog, oder darin, daß man der Gesammtheit der Zeugen bezw. Geschworenen (jurati, weil sie den Eid geleistet hatten) eine Frage vorlegte und daß diese als Gesammtheit antworteten. Das letztere, bei weitem häufigere Verfahren stand dem volksrechtlichen Verfahren näher, indem es zur Bejahung oder Verneinung der gestellten Frage führte, ohne die Gründe, welche für den einzelnen wie für die Gesammtheit maßgebend waren, zu offenbaren. Es mag dies der Grund gewesen sein, daß man später die Geschworenen stets als eine Einheit (jurata, jurea, jurée, jury) betrachtete.

Das Inquisitionsrecht stand nur dem Könige zu, denn nur er war befugt, sich eigene Prozedurformen zu schaffen; es wurde jedoch auf die königlichen Sendboten und kraft Privilegs auf einzelne Kirchen sowie auf besondere Bitte auf die Grafen für einzelne, vor ihnen im Volksgerichte zu verhandelnde Prozesse übertragen. So bildete sich neben dem Volksrechte und veranlaßt durch die Unbeugsamkeit seiner Prozeßformen ein jus aequum, das den Grund legte zu der an anderer Stelle zu besprechenden Entwicklung der Schwurgerichte. Hier muß diese Darstellung abgebrochen werden, weil sich nach der Auflösung der karolingischen Monarchie das Inquisitionsverfahren nur in Nord-Franken erhielt und mit den Normannen nach England kam, während es in Deutschland zwar auch bekannt wurde und in einzelnen Fällen zur Anwendung kam, aber auf eine zeitgemäße Umgestaltung des Beweisrechts keinen Einfluß ausübte.

Digitized by Google

4. Das Gerichtszeugniß.*)

Das Gerichtszeugniß diente zum Beweise von Thatsachen, welche Gegenstand der sinnlichen Wahrnehmung des Gerichts gewesen waren**). Dieses Beweismittel, dem ältesten und dem fränkischen Rechte fremd, fand seine Ausbildung in den sächsischen Rechtsquellen und bestand gewöhnlich darin, daß der Richter die fragliche Thatsache mit zwei oder sechs Urtheilsfindern unter Berufung auf den bei Antritt des Amtes geleisteten Eid versicherte. Zuweilen bestätigt der Richter die fragliche Behauptung in unfeierlicher Weise, und die Urtheilsfinder geben ihre Zustimmung durch Schweigen.

5. Die Urkunde.

Nur sehr langsam entwickelte sich die Urkunde zu einem wirklichen Beweismittel. Nur die Königsurkunde galt von Alters her als ein solches, da es bei Todesstrafe verboten war, die durch dieselbe beurkundete Thatsache zu bestreiten. Jede andere Urkunde war zur Beweisführung ungeeignet. Denn legte sie der Beweisführer vor und erkannte der Gegner ihren Inhalt als richtig an, oder enthielt er sich auch nur einer bestreitenden Erklärung, so war die beurkundete Thatsache nicht durch die Urkunde bewiesen, sondern eines Beweises nicht mehr bedürftig. Bestritt der Gegner aber ihren Inhalt, so hatte der Beweisführer denselben anderweitig, und zwar durch Zeugen, meist unter Zuziehung des Schreibers der Urkunde, nach salischem Recht durch seinen mit zwölf Helfern zu leistenden Eid zu beweisen. Daneben wird von einer förmlichen, von einer symbolischen Handlung, der Durchbohrung der Urkunde, begleiteten Urkundenschelte berichtet, die darin bestand, daß man den Schreiber der Urkunde und die Zeugen der Lüge zieh, und die zu einem durch Zweikampf zu erledigenden Zwischenstreite zwischen dem scheltenden Gegner auf der einen Seite und dem Schreiber und den andern

---

*) Brunner, Schwurg. S. 50. Zeitsch. f. R.-G. Bd. 23, S. 243, Sohm, Fränk. R.-G.-V. 436. 525. 526. Maurer, krit. Ueberschau. Bd. 5, S. 192. Planck II, §§ 117 ff.

**) Eine Rechtsbehauptung konnte schon aus dem Grunde nicht Gegenstand des Zeugnisses sein, weil dann der nicht zum urtheilen berufene Richter die zur Entscheidnng gestellte Rechtsfrage doch entschieden haben würde. Vgl. Laband S. 29 ff.

Digitized by Google

Zeugen auf der andern Seite führte. Eine noch geringere Bedeutung als bei den Franken hatte die Urkunde bei anderen Stämmen.

Erst etwa im 13. Jahrhundert erheischten der sich steigernde Verkehr und die durch ihn herbeigeführte Nöthigung, umfangreichere rechtsgeschäftliche Erklärungen urkundlich festzustellen, eine andere Behandlung der Urkunde im Prozeß. Man erblickte in der Urkunde ein über dem Zeugen stehendes Beweismittel und schloß den Widerspruch gegen den Inhalt der Urkunde aus, wenn ihre Echtheit durch Zugeständniß oder erfolgreiche Beweisführung feststand. Ferner wurde es Brauch, über alle vor Gericht vorgenommenen Rechtshandlungen Urkunden aufzunehmen. Diese ersetzten oder unterstützten alsdann das Gerichtszeugniß.

2. Das Vollstreckungsverfahren.*)

§ 47. Die Volksrechte stehen bei der Regelung des Zwangsvollstreckungs-Verfahrens nicht auf einem und demselben Standpunkte. Während die Ostgothen, Burgunder, Baiern, Angelsachsen und Longobarden die Vollstreckung der Privatthätigkeit des Gläubigers überlassen und hierin mit nordgermanischen Rechten übereinstimmen**), gestatten die Westgothen, die salischen und die ribuarischen Franken nur gerichtliche Pfändung. Gemeinsam aber ist ihnen der Grundsatz, daß vollstreckbar ist nicht das gerichtliche Urtheil, sondern das auf Grund desselben vom Schuldner abgegebene Urtheilserfüllungsgelöbniß, und daß der Beginn der Vollstreckung von einem richterlichen Zahlungsbefehle abhängig ist. Dieser letztere wird nur ertheilt, wenn dem Richter die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nachgewiesen sind.

Nach der für die Fortbildung des Rechts besonders wichtigen Lex Salica wurde diese gerichtliche Zwangsvollstreckung durch das oben (§ 39) dargestellte Betreibungsverfahren eingeleitet. Leugnete der Schuldner gegenüber der vom Gläubiger an ihn gerichteten Zahlungsaufforderung seine Zahlungspflicht, so mußte über diesen Widerspruch vor Gericht

*) Schröder, R.-G. S. 85. 365. 715.

**) v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht S. 109. 161. Brunner R.-G. I, S. 183. Die Vollstreckung wird übrigens vielfach dem beim Urtheilserfüllungsgelöbniß gestellten Bürgen anheimgegeben.

Digitized by Google

verhandelt und entschieden werden. Wurde indeß vom Schuldner ein Widerspruch nicht erhoben, dagegen auch nicht Zahlung geleistet, so lud der Gläubiger den Schuldner vor Gericht, wies dort nach, daß er bei der Schuldheischung die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet, und erlangte vom Richter (dem thunginus) das Nexti cantichio d. h. einen an den Schuldner gerichteten Befehl zu zahlen, dem zunächst die Aufforderung des Gläubigers folgte, nämlich das testare, ut nulli alteri nec solvat nec pignus donet solucionis. Darauf hatte der Gläubiger noch drei Mal in Zwischenräumen von je einer Woche die frühere Zahlungsaufforderung zu wiederholen, und wenn auch diese Mahnungen unbeachtet geblieben waren, durfte sich der Kläger mit dem rechtsförmlichen Antrage an den Grafen wenden, die Pfändung vorzunehmen. Fand der Graf die Voraussetzungen dieses Antrages für dargethan, so begab er sich in Begleitung von Schätzungsleuten mit dem Kläger in die Wohnung des Schuldners, richtete hier noch eine letzte Aufforderung an den Schuldner, den Gläubiger zu befriedigen, und schritt eintretendenfalls zur Pfändung d. h. zur Wegnahme beweglicher Sachen, die dem Gläubiger an Zahlungsstatt übereignet wurden. Im Falle der Unzulänglichkeit pfändbaren Vermögens verfiel der Schuldner in die Schuldknechtschaft des Gläubigers. — Leistete indeß der Schuldner der Ladung des Gläubigers nicht Folge oder verweigerte er die Abgabe des Urtheilserfüllungsversprechens, so wurde er auf Antrag des Gläubigers durch den König für friedlos erklärt. Damit büßt er den Rechtsschutz für sich und sein Vermögen ein, er bleibt ein „wilder Wolf" (wargus), bis er sich dazu versteht, das verlangte Versprechen abzugeben.

Hiernach ist die Friedloserklärung eine Strafe für den Ungehorsam des Schuldners, zugleich natürlich ein Zwangsmittel zur Beugung seines Willens. — Von einer Schuldknechtschaft, die nach späteren Rechten gegen denjenigen Schuldner verhängt werden konnte, dessen pfändbares Vermögen zur Tilgung der Schuld nicht ausreicht, berichtet die lex Salica noch nichts. Nur in dem Falle, daß das wegen eines Verbrechens versprochene Sühnegeld eingeklagt war und die Schuld weder von dem Schuldner selbst noch von seinen Verwandten bezahlt werden konnte, erfolgte nach fruchtloser Ausbietung des Schuldners dessen Ueberantwortung an den Gläubiger, nicht aber, wie bei der Schuldknechtschaft, zu dem

Digitized by Google

Zwecke, daß der Schuldner nunmehr als Sklave Eigenthum des Gläubigers werde oder die Schuld abarbeite, sondern zu dem Zwecke, daß der Verletzte an dem Schuldner, dessen Verbrechen ungesühnt geblieben war, Rache nehme.*)

Wie verhängnißvoll auf der einen Seite der Ungehorsam für den Schuldner werden konnte, so mühevoll und langwierig konnte sich auf der andern Seite die Durchführung einer unzweifelhaften Forderung für den Gläubiger gestalten. Freilich wuchs mit jeder fruchtlosen Mahnung die Buße, die der Schuldner neben dem Schuldgegenstande zu leisten hatte.

Eine zweckmäßige Aenderung trat ein, als im 6. Jahrhundert die Friedloserklärung zu einer wirklichen Zwangsvollstreckung umgestaltet wurde. Handelte es sich nämlich nur um einen Geldanspruch, so bewirkte die Friedloslegung für den Schuldner nur noch den Verlust des Vermögens, der König ordnete die Beschlagnahme (missio in bannum, vronung) und, wenn der Schuldner nicht binnen Jahr und Tag durch Bezahlung seiner Schuld den Bann löste, die Konfiskation des schuldnerischen Vermögens an. Diese Maßregel war für den Gläubiger insofern vortheilhaft, als er durch den Staat aus dem konfiscirten Vermögen befriedigt wurde. Zugleich bahnte sie die Einführung der Immobiliarexekution an, da die Frohnung sich auch auf unbewegliches Gut erstreckte.

Einen erheblichen Fortschritt in der Entwicklung des Vollstreckungsrechts zeigen die Rechtsquellen des 13. und 14. Jahrhunderts. Der schon im fränkischen Recht zur Geltung gelangte Gedanke, daß der zum Zwecke der Vollstreckung unanfechtbarer Ansprüche erforderliche Zwang ein Attribut der obrigkeitlichen Gewalt des Richters sei, ist zur Herrschaft gelangt: es giebt keine private, sondern nur gerichtliche Zwangsvollstreckung. Der Richter handelt nicht als Beistand oder Vertreter der selbstthätigen Partei, sondern kraft seiner über den Parteien stehenden und die Interessen beider schützenden Amtsgewalt auf Antrag der Partei.**) Das Ver-

---

*) S. darüber besonders Sohm Prozeß d. L. S. S. 175 ff.

**) v. Meibom, Pfandrecht S. 126 ff. Krech u. Fischer: Das preußische Gesetz betr. d. Zwangsvollstreckung in d. unbw. Vermögen S. 19; für gewisse Fälle auch Planck II. S. 235—237. A. M. Wilda: Zeitschrift für deutsches Recht I 183 (allerdings für die ältere Zeit). Siegel: Ger.-Verf. S. 248.

Digitized by Google

hältniß der streitenden Partei zum Richter ist daher grundsätzlich im Zwangsverfahren kein anderes als im Feststellungsverfahren. Der betreibende Kläger hat dem Richter die Voraussetzungen seines Vollstreckungsanspruchs nachzuweisen, eintretendenfalls über die Zulässigkeit der Vollstreckung überhaupt oder einer einzelnen Zwangsmaßregel ein Urtheil des Gerichts herbeizuführen.

§ 48. Diese Voraussetzungen sind aber entweder

a) ein dem Beklagten eine Leistung auferlegendes gerichtliches Urtheil, wie es gegenüber dem in fränkischer Zeit auf Beweis und Sühnevertrag lautenden Urtheil jetzt üblich geworden war, oder der in Folge Kontumaz des Beklagten erlassene Zahlungsbefehl des Richters (die mit Nothrecht gewonnene Schuld), oder

b) ein vom Schuldner dem Kläger, sei es im Prozeß oder außerhalb eines solchen, vor Gericht abgegebenes Schuldbekenntniß (gichtige schuld).

Der nach deutschrechtlicher Anschauung für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderliche Zahlungsbefehl des Richters ist im ersten Falle in dem die Leistung anordnenden Urtheile enthalten, daher nur in den anderen Fällen eine neben das Bekenntniß tretende fernere Voraussetzung der Vollstreckung.

Auch im Vollstreckungs-Verfahren kann sich die Nothwendigkeit eines richterlichen Urtheils herausstellen, und unzweifelhaft hat man auch hier den zwar umständlichen, aber sicheren Weg gewählt, sich zu jeder Vollstreckungshandlung durch gerichtliches Urtheil eine unanfechtbare und unwiderrufliche Erlaubniß einzuholen. Bezeichnet man doch den Exekutionsantrag der Partei mit dem Worte Klage.

§ 49. Wenige Nachrichten nur sind überliefert, wie es bei einer auf Vornahme von Handlungen gerichteten Zwangsvollstreckung gehalten wurde. Man versuchte zunächst mit Strafdrohungen auf den Willen des Verpflichteten einzuwirken, schließlich trat eine den Berechtigten bei Vornahme der verlangten und jetzt von ihm selbst ausgeführten Handlung unterstützende obrigkeitliche Mitwirkung ein.*)

Hat der Beklagte eine Sache herauszugeben, so soll das Gericht den Kläger in den Besitz der Sache einweisen (Sp.

*) Planck II. S. 166.

Digitized by Google

I 70 § 1), und falls es sich um eine unbewegliche Sache handelt, soll es dem Kläger auch Friede wirken. Die Verletzung dieses Friedens hatte für den Beklagten Leibes- und Lebensstrafen im Gefolge (Sp. II 24 § 1 III 20 § 3).

Die Zwangsvollstreckung wegen Geldschulden ist verschieden gestaltet, je nachdem sie die Person des Schuldners, sein bewegliches oder sein unbewegliches Vermögen ergreift.

Die Frage nach dem Verhältniß der Personalexekution (Ergreifung der Person des Schuldners) zu der Realexekution (Verwendung des schuldnerischen Vermögens zur Schuldtilgung) wird in verschiedenen Rechtsquellen verschieden beantwortet. Doch läßt sich mit Sicherheit behaupten, daß dem Gläubiger grundsätzlich das Recht der Personalexekution zugestanden hat, daß dem Schuldner aber gestattet gewesen ist, dieses als indirektes Zwangsmittel wirkende Uebel durch das Angebot wirklicher Schuldtilgung abzuwenden, daß der Gläubiger die Pflicht hatte, ein derartiges Angebot anzunehmen und, falls gleichwohl die Schuld nicht getilgt wurde, die Realexekution zu versuchen; fiel sie dann ganz oder theilweise fruchtlos aus, so war er befugt, auf die Personalexekution zurückzugreifen.*) Diese soll deshalb hier an letzter Stelle behandelt werden.

Die Mobiliarexekution geht der Immobiliarexekution vor, bei der ersteren sollen zuerst leblose, dann lebende Pfänder genommen, bei der letzteren zunächst nur die Früchte und dann erst das Grundstück selbst herangezogen werden.

Die Mobiliarexekution begann mit der durch den Frohnboten ausgeführten Pfändung d. i. der Wegnahme beweglicher Habe. Die gepfändete Sache ward nicht im Besitze des Schuldners belassen, sondern vom Frohnboten verwahrt, nach sächsischen Rechtsquellen mehrere Male öffentlich ausgeboten, damit etwaige unbekannte Berechtigte Gelegenheit erhielten, ihr Recht durch Widerspruch geltend zu machen, dann dem Schuldner zur Einlösung angeboten, endlich dem Gläubiger durch den Richter überantwortet (geweldiget), damit dieser sie versetzte oder verkaufe. Der Versatz wurde vorgezogen, damit dem Schuldner das Einlösungsrecht verbliebe. Gegenüber dem fränkischen Rechte, nach welchem dem Gläubiger der Pfandgegenstand selbst an Zahlungsstatt übereignet wurde, erfolgte jetzt die Befriedigung des Gläubigers durch

*) S. namentlich Planck II S. 243—246. Andeutend auch v. Meibom Pfandrecht S. 39.

Digitized by Google

die aus dem Versatze oder Verkaufe gelöste Geldsumme, und nur wenn dieser Versuch einer Befriedigung des Gläubigers mißglückte, wurde die Sache dem Gläubiger übereignet. Erst im 15. Jahrhundert trat an Stelle des Privatverkaufs durch den Gläubiger gerichtlicher Verkauf

Forderungen des Schuldners galten nach älterem Rechte nicht als pfändbare Gegenstände. Später sagte man sich allmählich von dieser Anschauung los und forderte nun gerichtliche Ueberweisung der Forderung. Bestimmte, in den Rechtsquellen regelmäßig besonders aufgeführte Forderungen konnte der Gläubiger auch ohne Ueberweisung gegen den Drittschuldner geltend machen.

Die Immobiliarexekution begann überall mit der Frohnung d. h. mit einem jetzt vom Richter ausgehenden, an den Schuldner gerichteten Veräußerungsverbote, welches dem Schuldner das Recht der Verfügung über das Grundstück benahm. Um denselben auch thatsächlich an der Verfügung zu hindern, erfolgte zuweilen seine Ausweisung und die Einweisung des Gläubigers. Jedenfalls wurde die Frohnung für Dritte dadurch erkennbar gemacht, daß man auf dem Grundstücke eine wisa (Strohwisch), einen Handschuh oder ein Kreuz anbrachte. Noch nach dem Sachsenspiegel (Ldr. II 41 § 2, Lehnr. 65 § 8) erfolgt hierauf nach Verlauf von Jahr und Tag die Zueignung des Gutes an den Gläubiger an Zahlungsstatt, nachdem vorher an drei Gerichtstagen ein Aufgebot zum Zwecke der Anmeldung etwaiger Eigenthumsrechte Dritter erlassen worden war. Handelte es sich um die Vollstreckung hofgerichtlicher Urtheile, so wurde dem Kläger durch das Gericht die Anleite ertheilt, d. h. es wurde auf seinen Vorschlag vom Gericht eine Person bestellt, welche die Aufgabe hatte, zunächst das Gut in Besitz zu nehmen und alsdann nach Ablauf einer gewissen Frist den Kläger in Besitz und Nutzung einzusetzen. Nach Verlauf eines ferneren Zeitraums wurde dem Kläger das Gut zugeschlagen. Nach anderen, namentlich süddeutschen, Rechtsquellen und auch norddeutschen Stadtrechten, die den Grundsatz des Sachsenspiegels schließlich verdrängten, wurde das Gut selbst dem Gläubiger nur in dem Falle übereignet, daß die Verpfändung oder Veräußerung sich als unausführbar erwies. Wie bei der Mobiliarexekution, erfolgte vielmehr zunächst die gerichtliche Ueberantwortung des Gutes an den Gläubiger. Letzterer erwarb durch die Besitzergreifung die rechte Gewere am Gute

Digitized by Google

und das Recht, das Eigenthum desselben nach Maßgabe der für Veräußerungen unbeweglicher Sachen geltenden Vorschriften zu übertragen. Seine Befriedigung wurde durch den Verkaufserlös bewirkt.

Die Schuldknechtschaft*) tritt ein, wenn der Schuldner mit Eintritt des Zahlungstages die Schuld weder tilgt noch dem Gläubiger eine Sicherstellung gewährt, die dieser anzunehmen verpflichtet ist, oder wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners fruchtlos ausgefallen ist. Aber während die Schuldknechtschaft in älterer Zeit den Schuldner zum Sklaven des Gläubigers machte, milderte sich das Institut im Laufe der Zeit zu einem den Schuldner zur Abarbeitung seiner Schuld verpflichtenden Verhältnisse, endlich zu einer bloßen Freiheitsentziehung ohne Arbeitszwang. Es lag nahe, den Schuldner nun auch der immerhin bedenklichen Verwahrung des Gläubigers zu entziehen und ihn der Bewachung des Frohnboten oder des Richters zu überlassen. In jedem Falle hatte der Gläubiger für die Beköstigung des Schuldners Sorge zu tragen. Es kam indeß auch vor, daß man den Schuldner zwar auf freiem Fuße ließ, ihn aber durch Aufnöthigung einer entehrenden Tracht und durch eine Reihe von geradezu unerträglichen Freiheitsbeschränkungen so bedrückte, daß er alles aufbot, die Schuld zu tilgen. Freilich waren diese Mittel auch recht geeignet, den Schuldner sittlich zu verderben oder aus dem Lande zu treiben.

§ 50.**) Wenn mehrere Gläubiger zu gleicher Zeit Befriedigung aus dem Vermögen eines Schuldners suchten, der seine Schulden nicht bezahlen wollte oder wegen Mangels an zureichenden Mitteln nicht bezahlen konnte, so wurden noch im 13. und 14. Jahrhundert die einzelnen Gläubiger einfach in der Reihenfolge befriedigt, in welcher sie das Vermögen ihrer Schuldner im Wege der Exekution in Angriff genommen hatten. Es gab also nur einzelne, hinter und neben einander laufende Spezialexekutionen.

---

*) Planck II S. 258 ff. Löning: Vertragsbruch S. 192 ff. Kohler: Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 20 ff. Stobbe: Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses S. 98 ff.

**) Planck II 384. 399. 400 ff. Stobbe: Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses. 1888.

Digitized by Google

Erst etwa seit dem 14. Jahrhundert wurde in den Hanse- und einzelnen anderen Handelsstädten die gemeinschaftliche und antheilige Befriedigung der Gläubiger üblich, vorausgesetzt, daß der Schuldner flüchtig geworden oder im Zustande der Zahlungsunfähigkeit gestorben war. Es blieb einer ferneren Entwicklung vorbehalten, dieses Verfahren auch dann einzuschlagen, wenn der Schuldner an seinem Wohnorte verblieb und entweder die Gläubiger in der Besorgniß vor völligem wirthschaftlichen Ruin des Schuldners sein Vermögen im Wege des Arrestes oder der Zwangsvollstreckung in Beschlag nahmen oder er selbst seine Zahlungsunfähigkeit erklärte.

Mit der Anerkennung des Grundsatzes gleichzeitiger und antheiliger Befriedigung der Gläubiger war die Nothwendigkeit der Herstellung eines diesem besonderen Zwecke dienenden prozessualischen Verfahrens gegeben. Ein solches entwickelte sich denn auch im Laufe der Zeit, noch vor der Reception des fremden Rechtes, ziemlich gleichmäßig. Dasselbe begann allgemein mit der durch die Gerichtsbehörde verhängten Beschlagnahme, die dem Schuldner die Verfügung über sein Vermögen entzog und den Gläubigern die Befugniß nahm, dasselbe Vermögen mit Spezialexekutionen anzugreifen. Das weitere Verfahren war hie und da der Selbstthätigkeit der Gläubiger überlassen, deren Aufgabe es war, die Feststellung und Vertheilung der Masse nach eigenem Ermessen zu bewirken, meistens jedoch war der Behörde (dem Gericht, dem Rath) die Leitung des Verfahrens überwiesen.

Auf die öffentliche Bekanntmachung der verhängten Beschlagnahme folgte die Bestimmung einer Frist, innerhalb deren die Gläubiger ihre Forderungen anmelden konnten, und die in der Weise ausschließend (präklusiv) wirkte, daß später sich meldende Gläubiger nur den etwa von der Masse verbleibenden Rest in der Reihenfolge, in welcher sie sich meldeten, zu ihrer Befriedigung verwenden durften. Wer bei der Vertheilung berücksichtigt werden wollte, hatte seine Forderung nach Grund und Betrag zu bezeichnen und zu beweisen. Wurde die Forderung von irgend einer Seite bestritten, so bedurfte es gerichtlicher Verhandlung und Entscheidung über ihr Bestehen.

Zum Zwecke der Verwaltung, Versilberung und Vertheilung der Masse werden Verwalter bestellt, die nicht blos Vertreter der Gläubiger sind, sondern auch das Interesse des Schuldners zu wahren, namentlich diejenigen Rechtsgeschäfte an seiner Stelle vorzunehmen haben, deren Abschluß dem

Digitized by Google

Schuldner seit der Einleitung des Verfahrens versagt ist. Die Masse wird gebildet aus dem gesammten, dem Schuldner zur Zeit der Beschlagnahme gehörigen, sowie aus dem von ihm im Laufe des Verfahrens erworbenen Vermögen. Ueber dieses Vermögen wird ein Verzeichniß aufgenommen, das der Schuldner eidlich bekräftigt. Hineingezogen wird aber auch das, was vor der Konkurseröffnung, aber zur Zeit der schon thatsächlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit veräußert worden ist, ferner was der Schuldner unmittelbar vor seiner Flucht und mit Rücksicht auf diese, oder was er auf dem Siechbette weggegeben hatte. Dagegen scheiden Gegenstände, welche dem Schuldner nicht gehören, aus der Masse aus. Diese selbst pflegte man zu verkaufen; der Erlös, sowie etwa beim Schuldner vorgefundenes baares Geld wurden an die Gläubiger, deren Forderungen feststanden, antheilig verzahlt. Nach völliger Vertheilung der Masse legten die Verwalter Rechnung.

Wer nicht voll befriedigt wurde, behielt seinen Anspruch auf den Rest und konnte das später erworbene Vermögen des Schuldners jederzeit angreifen; letzterer war verpflichtet, von seinem Erwerbe den Gläubigern so viel zu überlassen, daß er nur das behielt, was er bei äußerster Einschränkung zu seinem Leben brauchte.

An vielen Orten war ein Zwangsvergleich zu Gunsten des ohne Verschulden in Vermögensverfall gerathenen Schuldners zugelassen und von einem (nach Summen berechneten) Majoritätsbeschlusse der Gläubiger abhängig gemacht; durch einen solchen Vergleich erlangte der Schuldner Stundung oder auch gegen Hingabe seines derzeitigen Vermögens den Erlaß der ungedeckt verbliebenen Forderungsbeträge. Kam er den in einem Vergleiche übernommenen Pflichten nicht nach, so trat dieser außer Kraft, das Verfahren begann von Neuem, und der Schuldner verfiel der Personalhaft.

Allmählich bildeten sich Konkursprivilegien und in Folge dieser verwickelte Rangordnungen für die Konkursforderungen. Fast allgemein bevorrechtet waren die Zinsforderung des Gutsherrn, die Miethszinsforderung des Hausherrn, der Gesindelohn und der Anspruch auf Bezahlung von Kostgeld. Besonderer Hervorhebung aber bedarf das den Pfandgläubigern und Rentenkäufern zustehende Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem ihnen besonders verhafteten Gegenstande. Man gewährte ein gleiches Recht auch denjenigen Personen,

Digitized by Google

die zur Zeit der Einleitung des Konkursverfahrens das Vermögen des Schuldners bereits durch Arrest oder Spezialexekution in Angriff genommen hatten.

Die vorsätzliche oder leichtsinnige Herbeiführung des Vermögensverfalles galt schon früh als strafbare Handlung. Diese Anschauung drückte sich vielfach darin aus, daß der Schuldner in Haft genommen und in derselben durch einen nach der Größe der nichtbezahlten Schulden berechneten Zeitraum festgehalten wurde. Außerdem trafen den Schuldner mannigfaltige Ehrenstrafen.

§ 51. Neben dem Rechte auf gerichtliche Zwangsvollstreckung bestand für gewisse Fälle ein Selbstpfändungsrecht des Gläubigers. Nach einzelnen Rechtsquellen war die vertragsmäßige Bestellung eines solchen Rechtes zugelassen*), nach anderen waren gewisse Forderungen kraft Gesetzes mit demselben ausgestattet, so (nach Sp. I 54 § 4) die Forderung des Zinsherrn auf den rückständigen Zins, nach den Goslarer Statuten vom Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts die Forderung des Hausherrn auf den rückständigen Miethszins (21, 22).

Von dem Grundsatze, daß ein vor Gericht abgegebenes Schuldbekenntniß das Urtheil ersetze, machte man in den Städten zu Gunsten einer rascheren Durchführung von Immobiliarpfandrechten Gebrauch. Die Verpfändung erfolgte hier in der Weise, daß der Schuldner in Gegenwart des Gläubigers vor Gericht ein Bekenntniß seiner Schuld abgab und sein Haus verpfändete. Das Gericht trug diese Erklärung im Stadtbuche ein und sprach das Friedewirken aus. Der Schuldner behielt Besitz und Genuß seines Grundstücks, war aber mit dem Verfalltage der gerichtlichen Exekution unterworfen, die sich um so rascher vollzog, als das Friedewirken die Stelle der Frohnung vertrat, so daß nur noch die Pfandübereignung oder der Pfandverkauf zu bewirken war**).

§ 52. Um den gefährdeten Erfolg einer gegenwärtig noch nicht zulässigen Zwangsvollstreckung zu sichern, haben die Stadtrechte des späteren Mittelalters arrestatorische d. h. die

*) v. Meibom Pfdr. S. 220 ff.

**) Planck II S. 342 ff. Heusler Inst. II 128 ff. Stobbe Handbuch d. deutschen Privatrechts II §§ 106 f. v. Meibom 429. 456. Schröder RG. 375. 376. Eine ausführlichere Erörterung des Instituts gehört in das Privatrecht.

Digitized by Google

künftige Exekution vorwegnehmende, den Schuldner an der Verfügung über gewisse Vermögensstücke hindernde Maßregeln zugelassen.*) Dieselben hatten zur Voraussetzung entweder, daß kein Schuldner vorhanden war, gegen den die Klage hätte gerichtet werden können, also namentlich, wenn der Schuldner ohne Hinterlassung bekannter Erben gestorben, wenn er verschollen, wenn er entflohen war, oder wenn die Klage gegen den vorhandenen und anwesenden Schuldner zur Zeit nicht angestellt werden konnte, während die Gefahr einer Verringerung des schuldnerischen Vermögens bestand.

Der Arrest mußte vom Richter nach vorgängiger Prüfung verhängt und vom Frohnboten vollzogen werden. Ausnahmsweise durfte man von der richterlichen Erlaubniß absehen, mußte dann jedoch die Mitwirkung mehrerer Mitbürger gewinnen und die getroffene Maßregel sofort der Entscheidung des Gerichts unterbreiten. Wie die eigentliche Zwangsvollstreckung, so greift der Arrest entweder die Person oder das Vermögen des Schuldners an. Derselbe wird an dem Orte, an dem er sich gerade befindet, festgehalten, auf diese Weise an der Verbringung seines Vermögens gehindert und zur Einlassung auf die Klage seines Gläubigers genöthigt. Bewegliche Habe wird dem Schuldner weggenommen und verwahrt. Hat der Schuldner eine ausstehende Forderung, so wird an seinen Schuldner ein Zahlungsverbot, besitzt er unbewegliches Gut, so wird an ihn selbst ein Veräußerungsverbot gerichtet.

Das Arrestgesuch gilt als Beginn des Prozesses um den zu sichernden Anspruch: eine Trennung von Arrestprozeß und Hauptprozeß war dem deutschen Rechte fremd. Wurde nun die Klage erfolgreich durchgeführt, so verwandelte sich die vorläufige Haft in Schuldknechtschaft, falls der Schuldner sich aus derselben nicht durch anderweite Sicherstellung löste, die vorläufige Vermögensbeschlagnahme wurde zur definitiven, so daß nunmehr in gleicher Weise verfahren werden konnte wie bei der Zwangsvollstreckung nach erfolgter Pfändung oder Frohnung.

bb. Die Form der Parteihandlungen.**)

§ 53. Das Mittel der Parteierklärung war im mittelalterlich-deutschen Prozeß stets und ausschließlich das unmittel-

*) Planck II S. 33 1 ff. v. Meibom S. 147 ff.

**) Vgl. hierzu d. Allgem. Theil S. 112 ff. Planck I § 23 S. 133.

Digitized by Google

bar an das Gericht oder den Gegner oder die sonst betheiligte Person gerichtete gesprochene Wort. Schriftliche Gedankenmittheilung wäre denn auch kaum anwendbar gewesen in einer Zeit, in der Lesen und Schreiben eine schwer zu erwerbende Kunst bildete. Doch geht Johann von Buch, der in Bologna studirt hatte, fehl, wenn er in (II 12 § 4) seiner Glosse zum sächsischen Landrecht (aus dem zweiten Viertel des 14. Jahrhunderts) die Herrschaft der Mündlichkeit sich ausschließlich damit erklärt, dat sick die Sassen up bryve nicht vorstunden. Vielmehr war es die größere Natürlichkeit, durch die sich im deutschen Mittelalter wie in andern Zeiten einfacher Lebensverhältnisse die Mündlichkeit von selbst empfahl und den Gedanken an die Möglichkeit eines schriftlichen Verkehrs nicht aufkommen ließ, ferner bot die Mündlichkeit das einzige Mittel, eine Erklärung gleichzeitig zur Kenntniß der sämmtlichen, häufig sehr zahlreichen Personen zu bringen, die über dieselbe zu urtheilen hatten.

Die Gefahren, welche die Mündlichkeit der Verhandlung in sich birgt, waren in jener Zeit äußerst gering. Einmal waren die Lebens- und Rechtsverhältnisse einfacher Natur, längere Darlegungen über die Entstehung verwickelterer Verhältnisse waren dadurch ausgeschlossen, daß die Parteien mit fertig formulirten Rechtsbehauptungen vor das Gericht traten und von dem thatsächlichen des Falles wenig mittheilten, endlich war das Verfahren so gestaltet, daß nicht etwa am Schlusse einer durch mehrere Termine hindurch fortgesetzten, die verschiedenen Parteibehauptungen und Beweise verbindenden Verhandlung ein Urtheil erlassen wurde, welches alles vorgebrachte hätte berücksichtigen müssen, sondern so, daß jede einzelne zweifelhafte Frage nach Erklärung und Gegenerklärung der Parteien sofort zum Gegenstande eines besonderen Urtheils gemacht wurde, so daß die Urtheiler stets nur die so eben abgegebenen, auf eine bestimmte Frage beschränkten Erklärungen im Gedächtniß festzuhalten hatten. Wenn gleichwohl im fränkischen Königsgericht ein Gerichtsschreiber Organ der Rechtspflege wurde, und die Sitte, über die Verhandlungen Urkunden aufzunehmen, sich später mehr und mehr ausbreitete und befestigte, so geschah dies doch keineswegs zu dem Zwecke, in demselben Verfahren dem Gericht eine bleibende Quelle für die Kenntniß des zu beurtheilenden Prozeßstoffes zu schaffen, sondern um einem in einer andern Rechtsangelegenheit etwa später

Digitized by Google

erforderlichen Gerichtszeugnisse durch Unterstützung des Gedächtnisses entgegenzukommen.

§ 54. Von besonderer Wichtigkeit für das Verständniß des altdeutschen Prozesses ist die Erörterung der vom Recht für die Parteihandlungen verlangten besonderen Formen. Denn wie sich aus einer Reihe einzelner Andeutungen der bisherigen Darstellung schon ergeben mußte, war das gesammte altdeutsche Prozeßverfahren von einem strengen Formalismus beherrscht. Dieser bestand aber weniger in der Menge äußerlicher Zeichen, die der sonst formlosen Handlung als begleitendes Beiwerk gedient hätten, als vielmehr darin, daß die Parteihandlungen selbst überall von vornherein bestimmten Erfordernissen genügen mußten. Die Bedeutung dieses Formenzwanges bestand nun darin, daß nur die der gesetzlichen Vorschrift entsprechende Handlung berücksichtigt werden durfte, daß diese dann aber auch, gleichviel ob sie materiell berechtigt war oder nicht, eine zwingende Gewalt ausübte.

Die Herrschaft der Form aber ist stets mit einer gewissen Rücksichtslosigkeit gegen die Individualität des einzelnen Falles verbunden. Wenn sich dieselbe Gleichgültigkeit gegen die Eigenart der verschiedenen Rechtshändel auch hinter den Formen des altdeutschen Prozesses verbarg, so war einerseits der Nachtheil nicht erheblich, andrerseits war der Formenzwang in dem Entwicklungsstadium, in welchem das alte Prozeßrecht stehen blieb, und in der nationalen Anschauung von der Unabhängigkeit des freien Mannes tief begründet. In einer Zeit der einfachsten Verkehrs- und Rechtsverhältnisse, wie sie in der fränkischen Zeit und auch später noch wenigstens auf dem Lande herrschten, bei der Sitte, alle einigermaßen wichtigen Rechtshandlungen vor der gesammten Gerichtsgemeinde oder doch vor eigens zugezogenen Zeugen vorzunehmen, war die Mannigfaltigkeit der den wenigen Civilansprüchen zu Grunde liegenden Thatbestände sicherlich eine äußerst geringe. Strenger Formenzwang aber ist in Zeiten schwacher Kultur nicht blos ein wirksames Mittel, die Parteileidenschaft im Zaume zu halten, stürmisches Verhandeln und unnützes Reden zu verhindern, die Parteien zu ruhiger Prüfung der Sachlage und zu umsichtiger Gestaltung ihrer Erklärungen zu nöthigen, sondern auch eine Schranke gegen zu frühzeitige Rücksichtnahme auf das Moment der Billigkeit, die der Befestigung des Rechtsorganismus hinderlich ist. Ein rücksichtsvolles

Digitized by Google

Eingehen auf die eigenartig gestaltete Sachlage ist übrigens nur mit der Anschauung vereinbar, daß das unbefangene und geübte Urtheil des Richters einen höheren Werth besitze als das der befangenen und ungeschulten Partei, daß diese sich also in ihren eigenen Angelegenheiten jenem Urtheile beugen müsse. Diese Anschauung widersprach dem Selbstbewußtsein der damals lebenden Menschheit und mußte ihr widersprechen. Denn die Personen, welche zu urtheilen berufen waren, boten, was Erfahrung, Urtheilsfähigkeit und Schulung anlangte, keine besseren Garantien, als die Personen, deren Rechtshändel Gegenstand der Beurtheilung waren. Da es nun doch eine Macht geben mußte, die den einzelnen eines andern und vielleicht besseren belehren durfte, diese Macht aber nur die Gesammtheit der freien Volksgenossen sein konnte, so bot die gewohnheitsrechtliche, aus der Volksüberzeugung hervorgegangene Aufstellung bestimmter Erfordernisse für rechtswirksames Handeln den Weg, in der strengen Beobachtung dieser vom allgemeinen Urtheil als maßgebend und zuverlässig erachteten Formen den einzelnen Fall dem bloßen Meinen bestimmter Personen zu entziehen und dem allgemeinen Urtheil zu unterwerfen. Der Formalismus mußte daher seine wichtigste Stätte im Beweisrecht finden, und in der That zeigt die Geschichte des deutschen Prozeßrechts, daß er sich hier am längsten erhalten hat. Denn trotz der sichtbar hervortretenden Tendenz, Beweismittel von stärkerer Ueberzeugungskraft zu bevorzugen, ist es zu einer Umgestaltung des Beweisrechts nicht gekommen. Vielmehr ist der Grundsatz herrschend geblieben, daß nur die Erfüllung der vom Gesetz vorgeschriebenen Erfordernisse den Beweis erbringe, die Nichterfüllung dieser Erfordernisse aber beweisfällig mache. Wer z. B. statt der verlangten zwölf Eideshelfer nur elf aufbieten konnte, war nicht im Stande, den von ihm verlangten Beweis zu führen.

Die Herrschaft der Form zeigte sich aber ferner in dem Gebote, dem Gericht wie dem Gegner fertig formulirte Rechtsbehauptungen vorzulegen. Wer nicht im Stande war, die thatsächlichen Vorgänge, die sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß bezogen, zu überschauen, zu beurtheilen und in eine der Sachlage entsprechende Rechtsbehauptung zusammenzufassen, mochte lieber den gefahrvollen Prozeßweg nicht betreten. Der Gegner konnte eine unrichtige oder auch nur ungeschickte Formulirung für sich ausbeuten, um einem

Digitized by Google

begründeten Anspruche mit dem Scheine des besten Rechtes entgegenzutreten. War aber erst einmal ein Beweisurtheil erlassen, so war jede Aenderung der früher aufgestellten Behauptung ausgeschlossen.

Die Erfüllung der vom objektiven Recht verlangten Form wirkte aber auch als prozessualisches Zwangsmittel. Eines solchen bedurfte der Prozeß der ältesten Periode, da ihm eine richterliche Zwangsgewalt noch fremd war. Eine solche wurde vollständig dadurch ersetzt, daß die einzelne Parteihandlung mit der vom Volksrechte verlangten Form umkleidet wurde, so daß das in ihr bethätigte Begehren der Partei als ein überall unausweichliches Gebot der Gesammtheit erschien. Darum ist gerade der älteste Prozeß reich an charakteristischen Formen. Dieselben haben schon an mehreren Stellen Erwähnung gefunden. Erinnert sei an die förmliche Schuldheischung, an die Ladung, an die Zuziehung von Zeugen zu der Spurfolge, an das Gebot, die Haussuchung unter bestimmtem Ceremoniell vorzunehmen, die gefundene Sache unter feierlicher Erhebung des Anspruchs zu ergreifen. Ueberall handelt es sich hier, wie bei der von der Partei ausgehenden, förmlichen und darum verpflichtenden Ladung der Zeugen, um außergerichtliche Handlungen. Die gleiche Eigenschaft besitzt aber auch die vor versammeltem Gericht vorgenommene Handlung des tanganare (= drängen, zwingen) d. h. der mit der Klageerhebung verbundenen, vom Kläger ausgehenden feierlichen Aufforderung des Beklagten, auf die Klage Wort für Wort zu antworten. Diesem Verlangen mußte der Beklagte entsprechen, wenn er nicht die Folgen des Ungehorsams auf sich laden wollte.

Wie die formale mannitio der richterlichen bannitio wich, so sind die anderen formalen Parteihandlungen, insbesondere das feierliche Antwortheischen, aus dem deutschen Prozeß nach und nach verschwunden. Es war die im fränkischen Reiche mehr und mehr erstarkende, durch den Richter ausgeübte Königsgewalt, die anfänglich als gleichberechtigte Autorität neben die vom Volksrecht getragene Zwangsgewalt trat und später als die allein herrschende Macht die zwingende Kraft der Form verdrängte, aber auch vollständig ersetzte. Dieser Entwicklung entsprechend kennt die älteste Zeit nur das tangano der Partei, in christlich-fränkischer Zeit tritt neben und bald darauf an Stelle dieses der Antwortbefehl des Richters.

Digitized by Google

Wie gezeigt, lag ein gewisses Maß von Formenstrenge in dem Bau des Prozesses und in den herrschenden Anschauungen begründet. Jede Ueberschreitung dieses nothwendigen Maßes mußte zum Formenkultus entarten, und in der That ist diese Entartung eingetreten. Man verkannte die heilsame Wirkung des Formenzwanges und fand seine Bedeutung in der peinlichsten Beobachtung einer Menge unwichtiger Aeußerlichkeiten. So war namentlich die Eidesleistung mit einem so strengen Ceremoniell umkleidet, daß es für Personen, die nicht in jeder Gerichtssitzung anwesend waren und die Formen auf das genaueste kannten, gefährlich war, sich ohne Hilfe kundiger Leute diesem Akte zu unterziehen. Wer den Eid nicht ohne Stocken und ohne sich zu versprechen, herunterſprach, wer ohne Erlaubniß des Richters nach Ableistung des Eides die Schwurhand senkte, wer beim Niederknieen vor dem Reliquienkasten nicht genau die vorgeschriebene Körperstellung einnahm, verlor den Prozeß. Diese Gefahr, wie die Rechtsquellen die Verletzung von Förmlichkeiten selbst nannten (vare, lateinisch sehr charakteristisch verborum insidia), führte dazu, daß der Prozeß thatsächlich zu einem Anwaltsprozeß wurde, d. h. daß es ein Wagniß war, den Prozeß ohne gewandten Fürsprecher zu führen, von dessen Erklärungen die Partei, wie oben (§ 33) gezeigt, sich erholen konnte, daß auch in ganz einfachen Sachen die Partei vor jeder von ihr abzugebenden Erklärung die Erlaubniß des Richters zu erbitten pflegte, abtreten und sich mit dem Fürsprecher, mit Freunden oder besonderen Berathern, den sog. Horchern und Warnern, besprechen zu dürfen. Diese Erscheinung in dem sonst so einfachen Bau des altgermanischen Prozesses hat denn auch einen der bedeutendsten Kenner des mittelalterlichen Rechtes (Siegel) zu dem Ausspruche veranlaßt: „Es war, als ob die Förmlichkeiten eigens ausgedacht worden wären, um den Mann, der vor Gericht handelte, zu Falle zu bringen, so spitzfindig und ränkevoll war ihre Anlage, so schwierig ihre Ausführung".

b. Die Handlungen des Gerichts.

aa. Inhalt der richterlichen Thätigkeit.

§ 55. Die urtheilende Thätigkeit der Gerichte steht im mittelalterlichen Prozesse an Bedeutung so weit über dem sich allmählich entwickelnden Prozeßleitungsamte, daß hier des Ver-

Digitized by Google

ständnisses halber von jener zuerst gehandelt werden muß. Auch auf diesem Gebiete tritt uns eine Reihe von Erscheinungen entgegen, die unseren heutigen Rechtsanschauungen durchaus fern liegen. Um insbesondere das Wesen des germanischen Gerichtsurtheils zu verstehen, vergegenwärtige man sich die Stellung desselben in der frühesten uns näher bekannten Periode des mittelalterlichen Prozesses.

Während in Rom und seit der Aufnahme der fremden Rechte bei uns der Kläger darauf hinarbeitet, ein seinen Anspruch endgültig feststellendes Urtheil und durch dieses die Befugniß zur Zwangsausübung seines Anspruches zu erlangen, enthielt das altgermanische Urtheil eine endgültige Feststellung des Klageanspruchs nicht. Vielmehr that dasselbe einen Ausspruch nur darüber, auf welche Behauptung es in diesem Prozesse ankomme, welche Behauptung hiernach zu beweisen sei und welche Partei diesen Beweis führen solle. Was Rechtens sei, wenn der Beweis gelänge, und was, wenn er nicht gelänge, bedurfte keiner ausdrücklichen Erklärung: darüber konnte nach Inhalt des Beweisurtheils nicht der geringste Zweifel obwalten.

Das Recht der zwangsweise zu betreibenden Durchführung seines Anspruches erlangte der Kläger erst durch das sog. Urtheilserfüllungsgelöbniß des Beklagten. Fehlte hiernach dem Urtheil die Eigenschaft des Vollstreckungstitels, so blieb seine Bedeutung auf eine bloße Belehrung darüber, was unter Voraussetzung der Wahrheit dieser oder jener Behauptung nach dem im Volke herrschenden Rechtsbewußtsein Recht sein würde, beschränkt. Das Urtheil enthielt also nur ein durch den konkreten Rechtsfall veranlaßtes Zeugniß über das im Volke lebende Recht. Diesem Ausspruche der rechtschaffenden Gesammtheit war der Einzelne unbedingt unterworfen, er mochte bei seiner weiteren Rechtsverfolgung von jener Norm den entsprechenden Gebrauch selbst machen.

In späterer Zeit ist das Urtheilserfüllungsgelöbniß in Wegfall gekommen, das Gericht entschied auf Verlangen der Parteien den Rechtsstreit definitiv. Allein es konnte auch bei einem bloßen Beweisurtheil bleiben. Immer mehr dagegen nahm der Brauch überhand, über einzelne zweifelhafte oder streitige Fragen, die einen Einfluß auf den Ausgang des Prozesses haben mußten, Urtheile zu erbitten und bezw. zu erlassen. Da es nun jederzeit in der Hand der Partei lag, den Prozeß weiterzubetreiben, so kamen viele Prozesse nicht

Digitized by Google

über die Entscheidung einer Präjudizialfrage hinaus. Denn jene ursprüngliche Auffassung von dem Wesen des Urtheils, welche in ihm ein Zeugniß über das bestehende Recht erblickte, gehörte zu den Grundanschauungen des mittelalterlichen Prozesses und erhielt sich als solche bis zu seinem Untergange. Sie stand in engstem Zusammenhange mit der Natur der mittelalterlichen Rechtsquellen.

Die Gebiete des Privatrechts, Strafrechts und Prozeßrechts sind von der ohnehin wenig fruchtbaren Gesetzgebung bis an das Ende des Mittelalters so gut wie gänzlich unberührt geblieben. Quelle des Rechts war ausschließlich die Rechtsüberzeugung des Volkes, die in derselben Frage innerhalb der einzelnen Stämme, einzelner Städte und anderer einzelner Personenverbände oft weit auseinander ging. Die Unsicherheit dieser Quelle führte schon früh, in verstärktem Maße aber seit dem Beginne des 13. Jahrhunderts, zu Aufzeichnungen des bestehenden Gewohnheitsrechts, die bei dem allgemeinen Wunsche, für die Beurtheilung eigener wie fremder Rechtsangelegenheiten eine feste Grundlage zu erlangen, zum Theil weite Verbreitung fanden*), einzelne derselben**) traten sogar mit dem Anspruche auf, gemeines Recht darzustellen. Das wichtigste Mittel zugleich der Erkenntniß und der Fortbildung des Gewohnheitsrechts bildeten aber doch die gerichtlichen Urtheile. Denn sie enthielten Beurkundungen der in einer Gerichtsgemeinde, zuweilen in der Bevölkerung eines größeren Territoriums herrschenden, durch die Prüfung des konkreten Falles geläuterten Rechtsüberzeugung. Daß das Urtheil diese mehr theoretische Bedeutung mit seinem unmittelbar praktischen Werthe als Entscheidungsnorm des einzelnen gegebenen Falles verbinden konnte, war ermöglicht durch die das mittelalterliche Verfahren beherrschende Scheidung von Richter- und Urtheilerfunktionen.

Das einzelne Urtheil kam nämlich in folgender Weise zu Stande. Nachdem die Parteien Rede und Gegenrede gewechselt und so den Streitfall zur Kenntniß des gesammten Gerichts gebracht hatten, stellte eine der Parteien an den Richter den in die Form einer Bitte gekleideten Antrag, ein

*) So namentlich der Sachsenspiegel und einzelne Stadtrechte, wie das von Magdeburg.

**) Der Spiegel deutscher Leute und der Schwabenspiegel.

Digitized by Google

Urtheil zu finden. Der Richter entspricht diesem Antrage, indem er einen der Schöffen oder Dingmannen um das Urtheil fragt. Welches der Streitpunkt sei und welche spezielle Rechtsfrage also der Erledigung durch Urtheil bedürfe, braucht der Richter nicht zu wiederholen, denn in den meisten Fällen stellte die Partei selbst die bestimmte Frage, die sie beantwortet zu hören wünschte. Der Gefragte war kraft seiner Dingpflicht zur Urtheilsfindung verbunden; er konnte jedoch eine Berathung mit seinen Mitschöffen begehren oder beschwören, daß er ein Urtheil nicht finden könne. Es wird alsdann ein Anderer, eintretendenfalls jeder einzelne gefragt, bis die Frage eine Antwort findet. Lehnen sämmtliche Schöffen die Beantwortung ab, so wird die Sache bis auf einen sofort anberaumten Gerichtstag ausgesetzt und die Frage zuweilen aufgeschrieben. An dem neuen Gerichtstage muß das gefragte Urtheil eingebracht werden, wenn nicht der Gefragte eine Strafe wegen Verletzung der Dingpflicht verwirken will. Der um sein Urtheil angesprochene ist bei dem Mangel oder der Unvollständigkeit einer Rechtsaufzeichnung ausschließlich auf sein Rechtsbewußtsein angewiesen; wenn er, wie es seine eidlich angelobte Pflicht ist, dieses sein Rechtsbewußtsein prüft, so wird er den Rechtssatz, den er anzuwenden hat, „finden", denn nach mittelalterlich-deutscher Anschauung liegt die gesammte Rechtsordnung in dem „Wissen" des Volkes geborgen. Das also gefundene Urtheil hat der Gefragte in Gestalt der dem Richter gegebenen Antwort laut kundzugeben. Here her*) richter, wil gi horen dat recht? So secge der richter: ja. So secge jene: ic finde in (Euch) tu rechte dat . . .**) Damit ist indeß nur das Zeugniß jenes Einen, den der Richter zuerst gefragt, bekannt geworden; dasselbe ist möglicherweise unrichtig, d. h. es stimmt mit der Rechtsüberzeugung der Gesammtheit nicht überein. Der Richter muß deshalb weitere Umfrage halten, ob das Urtheil jenes Zustimmung erhalte, oder ob Jemand ein besseres Urtheil wisse. Die Zustimmung, Folge (vulbort = Vollwort) wird formlos erklärt, sie wird schon darin gefunden, daß Niemand widerspricht. Wer ein besseres Urtheil gefunden zu haben glaubt, hat dasselbe auszusprechen. Will er dabei den Schein vermeiden, als ob er

*) Herr, Herr.

**) Richtst. Ldr. 1 § 2.

Digitized by Google

das gefundene Urtheil schelten wolle (s. darüber den folgenden Paragraph), so setzt er hinzu, daß er nunmehr die Entscheidung, welches der beiden gefundenen Urtheile das richtige sei, der Versammlung überlasse.*) In diesem, von der feierlichen Urtheilsschelte verschiedenen Falle entscheidet die Mehrheit der anwesenden zum urtheilen berechtigten Personen. Das von sämmtlichen oder von der Mehrzahl der Urtheiler „gelobte" Urtheil heißt ein gesamminturtheil. Durch dieses Urtheil erhält der Richter Auskunft von den Wissenden über das, was Recht ist, das Recht ist ihm gewiesen, es ist ihm damit gewissermaßen das Gesetzbuch aufgeschlagen, damit er lese, wie der vorliegende Fall zu entscheiden sei. Denn mit Kundgebung des gefundenen Urtheils durch die Urtheiler ist der Streitfall noch nicht entschieden, es ist vielmehr nur der Inhalt der zu treffenden Entscheidung gegeben, die Entscheidung selbst giebt der Richter durch das utgeven des Urtheils, indem er den gefundenen Rechtsinhalt durch seine feierliche Erklärung, daß dies Recht sei, mit dem Rechtsbefehl versieht. Während hiernach das Urtheil der Schöffen nur die Bedeutung eines Zeugnisses hat, was in einem solchen Falle Recht sei, erklärt der Richter, was in diesem Falle Recht sein solle.

Zur Ertheilung des an die Parteien gerichteten Rechtsbefehles ist der Richter, nachdem ihm das Recht gewiesen, regelmäßig verpflichtet. Allein nach Quellen aus dem Ende des 13. und aus dem 14. Jahrhundert soll der Richter, dem das gefundene Urtheil unrichtig dünkt, die Schöffen veranlassen, ein besseres Urtheil zu finden oder von einem Oberhofe einzuholen.**)

Wie sich aus Andeutungen des Sachsenspiegels***) ergiebt, kann der Richter in schleunigen Fällen ausnahmsweise selbst Urtheil finden, wenn es sich nur um die Anwendung einfacher, unbestrittener Rechtssätze handelt. Andrerseits durfte er auch von Amts wegen Urtheil fragen, wenn er bei Ausübung der rein prozeßleitenden Thätigkeit Bedenken hegte. Es scheint dies sehr häufig vorgekommen zu sein, wahrscheinlich um die einzelnen prozeßleitenden Handlungen unanfechtbar zu machen und jeden Schein willkürlichen Handelns zu ver-

*) Richtst. Landr. 48 § 3. Richtst. Lehnr. 9 § 3.
**) Planck I S. 89 ff. Schultze S. 107 f.
***) II 10 §§ 5, 6. S. Planck II S. 403 ff.

Digitized by Google

meiden. Insbesondere war es üblich, einige allgemeine Vorbedingungen gültigen Verhandelns, ob man am rechten Dingort versammelt und ob es rechte Dingzeit sei u. ä. durch Urtheil über allen Zweifel zu stellen. Es wurden ferner auf Parteiantrag Urtheile erlassen zur Bestätigung von Rechtsgeschäften, welche vor Gericht geschlossen waren. Endlich war es üblich, daß auf einseitigen Antrag irgend einer vor Gericht auftretenden Person Urtheile über reine Rechtsfragen, die in gar keiner oder wenigstens in keiner erkennbaren Beziehung zu einem Rechtsstreite standen, erlassen wurden. In solchen Fällen handelte es sich zumeist darum, die Ansicht des Gerichts über Rechtsfragen, die in einer bestimmten Angelegenheit praktisch werden konnten, festzustellen und damit Belehrung für künftiges Verhalten zu erlangen.*) So wird z. B. ein Urtheil Rudolfs I. aus dem Jahre 1283 mitgetheilt**), welches durch eine vom König Wenzel von Böhmen gestellte Frage veranlaßt war, ob eine durch Gewalt oder Drohung erzwungene Verpflichtungserklärung wirksam und verbindlich sei? Weder das Sachverhältniß noch die Person dessen, der sich der Drohung schuldig gemacht habe, wurde mitgetheilt.

In allen diesen Fällen tritt die Rechtszeugnißnatur des Urtheils besonders klar an den Tag. Daß man hier überall statt eines einfachen Gutachtens besonders hervorragender und angesehener Schöffen förmliche *Urtheile* des *Gerichts* als solchen begehrte, erklärt sich aus dem Umstande, daß gegenüber der Widerruflichkeit eines privaten Zeugnisses das nicht gescholtene, vom Richter ausgegeben Urtheil die Eigenschaft der Unanfechtbarkeit und Unwiderruflichkeit besaß.

§ 56. Rechtsmittel im Sinne des heutigen Rechts gab es nicht. Die Urtheilsschelte darf als solches nicht bezeichnet werden.***) Denn sie ist nicht darauf gerichtet, an Stelle einer gerichtlichen *Entscheidung* durch ein übergeordnetes Gericht eine andere *Entscheidung* setzen zu lassen, sondern bezweckt, für das erst noch zu findende und vom Richter zu erlassende Urtheil einen richtigen Inhalt zu beschaffen. Die Urtheils-

*) v. *Bar*: Beweisurtheil S. 5. *Franklin*: Reichshofgericht II 278. 279.

**) Pertz Leges II 444.

***) *Planck* I § 39. *Schröder* R.-G. S. 174, 363, 715. *Schultze* a. a. O. S. 145 ff. *Homeyer* Richtsteig Landrechts. S. 508 ff.

Digitized by Google

schelte richtet sich daher nicht gegen das fertige und vom Richter als Wille der Obrigkeit erklärte Urtheil, sondern gegen den von dem gefragten Urtheilsfinder eingebrachten Urtheilsvorschlag. In der Schelte liegt die Behauptung, daß das vorgeschlagene Urtheil unrichtig sei und aus diesem Grunde nicht mit dem Rechtsbefehl des Richters ausgestattet werden dürfe; sie verhindert also das Zustandekommen des vorgeschlagenen Urtheils und bewirkt, daß ein anderes Gericht, bei dem man eine bessere Rechtskenntniß voraussetzt, um die Findung eines anderen, besseren Urtheils angegangen wird.

Während nun an der Gerechtigkeit des den Prozeß entscheidenden obrigkeitlichen Aktes nur die von diesem unmittelbar betroffenen Personen ein Interesse haben, hat an der Richtigkeit des von den Urtheilsfindern abgegebenen Rechtszeugnisses ein Jeder das gleiche Interesse. Darum steht die Befugniß zur Urtheilsschelte nicht blos den Parteien, sondern jedem im Gericht anwesenden, zum Urtheilen an sich berechtigten Volksgenossen zu.

Wer das vorgeschlagene Urtheil schelten will, hat dies sofort zu thun, ehe noch dem Vorschlage Folge gegeben wird, und zwar durch ausdrückliche, förmliche Erklärung: dat ordel dat de scepe N. gevunden heft, das bescelde ic, it is unrecht (Richtst. Ldr. 49); er nimmt darauf den Platz ein, den derjenige Schöffe, dessen Urtheil „widerworfen" worden ist, innegehabt hatte, und schlägt dasjenige Urtheil vor, das ihm als das richtigere erscheint.*) Welches in der That das allein richtige oder richtigere Urtheil sei, kann nunmehr das hier versammelte Gericht nicht mehr entscheiden: es ist ein die Erledigung des Prozesses hindernder Zwischenstreit zwischen dem Urtheilsfinder und dem Urtheilsschelter entstanden, der in ältester Zeit durch Zweikampf, seit der fränkischen Königszeit regelmäßig durch ein höheres Gericht entschieden wird. So ging nach dem Sachsenspiegel (II 12 § 4) der Rechtszug vom Gogericht an das Landgericht (Grafengericht) und von diesem an das Königsgericht. Urtheile des letzteren konnten nicht mit der Wirkung gescholten werden, daß ein Rechtszug an ein anderes Gericht stattfand. Sein Urtheil

*) Sp. II 12 § 13: Stênde sal man urteil schelden, siczende sal man urteil vinden under Kunges banne, manlîch ûf sîme stûle. Der aber zû den benken nicht geborn en ist, der sal stûles biten mit urteilen, ein ander urteil zu vindene.

Digitized by Google

war daher der Schelte entzogen, nur die Sachsen hatten das Recht der Urtheilsschelte auch hier behalten: Nur der Zweikampf von 7 gegen 7 konnte entscheiden.*) Der Gedanke aber, daß nur dasjenige Gericht zur Entscheidung berufen sei, dem eine bessere Kenntniß des zur Anwendung kommenden Rechts innewohne, führte allmählich dahin, daß man sich an das Gericht derjenigen Stadt wandte, deren Recht man entlehnt hatte, denn dort mußte doch wohl die beste Kenntniß dieses Rechts zu Hause sein, sowie daß man sich ferner „auf das Buch zog", d. h. dasjenige Gericht um das erforderliche Rechtszeugniß anging, das sich im Besitze der maßgebenden Rechtsaufzeichnung befand,**) denn dieses brauchte ja aus dem Buche nur den in Anwendung kommenden Rechtssatz herauszulesen und dem um Rechtsbelehrung bittenden Gericht mitzutheilen. Auch hierin zeigt sich das Wesen der Urtheilsschelte als eines bloßen Mittels, für das erst noch zu erlassende Gerichtsurtheil ein untrügliches Zeugniß über das in Frage kommende Recht zu erlangen: das fertige Gerichtsurtheil als ein Rechtsgebot der Obrigkeit hätte immer nur von der übergeordneten Gewalt wieder aufgehoben werden können. Um nun das angerufene Gericht in den Stand zu setzen, eine Beurkundung des anzuwendenden Rechts abzugeben, theilte man demselben durch Boten den Inhalt der Verhandlung, die Urtheilsfrage, das gescholtene und das diesem entgegengesetzte Urtheil mit und empfing auf demselben Wege die Antwort. Später trat schriftlicher Verkehr an Stelle des durch die Boten vermittelten mündlichen.

Das von dem angerufenen Gericht gefundene Urtheil bildete den Rechtsinhalt für das vom Richter des Prozeßgerichts auszugebende Urtheil.

Daß durch das Wesen der Urtheilsschelte jedes neue Vorbringen vor dem höheren Richter ausgeschlossen war und daß der letztere das gescholtene Urtheil nicht aufheben oder abändern, sondern nur entweder das gescholtene oder das Gegenurtheil für die richtigere Beurkundung des Rechts erklären konnte, bedarf nach dem, was über die Schelte gesagt ist, keiner weiteren Erörterung.

---

*) Frankl n Reichshofgericht II 280 ff.
**) Homeyer Richtsteig S. 517 ff. Schultze a. a. O. S. 152

Digitized by Google

§ 57. Der scharfe Gegensatz, den das gemeine und das heutige Prozeßrecht zwischen prozeßleitender und prozeßentscheidender Thätigkeit aufstellen, war dem mittelalterlich-deutschen Recht fremd, namentlich würde es irrig sein, zu glauben, daß den Urtheilern die entscheidende und dem Richter die prozeßleitende Thätigkeit zugefallen wäre. Wie ein Urtheil nur aus dem Zusammenwirken beider Faktoren hervorgehen konnte, so konnte jede einzelne Handlung des Vorsitzenden, auch wenn sie nur den Fortgang des Prozesses bezweckte, wie die Aufforderung, auf die Klage zu antworten, die Bestellung von Fürsprechern, zum Gegenstande eines Urtheils gemacht werden, und zwar auf Antrag der Partei oder, wie im § 55 mitgetheilt wurde, auch von Amtswegen durch den Richter selbst. Wennschon diesem, namentlich seit dem Ersatz des tangano der Partei durch den Antwortbefehl des Richters, die Befugniß eingeräumt war, im Interesse der Erledigung des Prozesses Anordnungen zu ertheilen, so handelte er hierbei doch immer nur als das Organ des gesammten Gerichts, und die Wirksamkeit seiner Handlungen war abhängig von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung der Gerichtsversammlung. Dazu kam, daß für das Prozeßleitungsamt des Richters ein äußerst beschränktes Gebiet übrig blieb. Der Beweis wurde nicht angeordnet, sondern war Gegenstand eines Urtheils, das die Rechtsfrage entschied, welche Partei zu beweisen habe, und das zugleich die nicht minder wichtige Frage beantwortete, welche Bedingung die beweisende Partei zu erfüllen habe, um den Beweis zu führen. Das Beweisurtheil war also nur *Entscheidung*. Da es ferner nicht darauf ankam, der Beurtheilung des Gerichts Thatsachen zu unterbreiten, so fiel auch das im heutigen Recht so wichtige Fragerecht des Richters fort. Die prozeßleitende Thätigkeit war also regelmäßig beschränkt auf die Anordnung der Ladung des Beklagten, die Bestellung von Fürsprechern, den Antwortbefehl und die Urtheilsfragen.

§ 58. Es gehören hierher aber auch die Mittel gegen Mißbrauch prozessualischer Befugnisse.*)

1. Als *Vorbeugungsmittel* dienen die eidliche Versicherung und die Sicherheitsleistung.

---

*) S. Allgemeiner Theil § 104.

Digitized by Google

Die eidliche Versicherung*) hat im mittelalterlich-deutschen Prozesse überall da Verwendung gefunden, wo es darauf ankam, eine Prozeßhandlung vorläufig zuzulassen, dem Gegner aber Gewißheit darüber zu verschaffen, daß die handelnde Partei von ihrem Rechte überzeugt sei. Der Eid diente in solchen Fällen als Gefährdeeid, also als Versicherung der handelnden Partei, daß ihr die Absicht muthwilliger Belästigung des Gegners fernliege, zugleich aber auch als Mittel bloßer Glaubhaftmachung im Gegensatze zu förmlichem Beweise. Es sei daran erinnert, daß im Anefangsprozesse bei Einleitung des Dritthandsverfahrens beide Parteien einen sog. Voreid leisteten. Dieser Eid hatte nicht die Kraft, die beiderseitigen Behauptungen zu beweisen, er machte aber den dieblichen Verlust der vom Kläger angegriffenen Sache, also die Voraussetzung des Anefangsverfahrens, zugleich aber auch den Einwand des Beklagten, daß er die Sache nicht gestohlen, glaubhaft. Der Gewißheit über diese beiden Punkte schien man zu bedürfen, um die Weitläufigkeit des Dritthandsverfahrens nicht unnöthig zu veranlassen. Ferner bedarf es der eidlichen Versicherung der Erbeseigenschaft für den, der ererbtes, im Besitze des Richters oder eines Dritten befindliches Gut an sich nehmen will, vorausgesetzt, daß sein Recht nur angezweifelt wird.**) Ja es wird berichtet,***) daß der Beklagte sich auf eine durch Beweismittel nicht unterstützte Klage nicht einzulassen brauchte, bevor der Kläger den Voreid geleistet hatte.

Da in allen diesen Fällen der Eid nicht als Beweismittel dient, wird er zweckmäßig Sicherungseid genannt (Planck).

In verschiedenen Fällen erkennt das deutsche Recht für den, der eine Prozeßhandlung vornimmt, die Verpflichtung an, dem Gegner auf Verlangen Sicherheit zu leisten.

Hierher gehört namentlich das — übrigens nicht allgemein verbreitete — Institut der Klagengewere.†) In allen Fällen nämlich, in welchen der Beklagte befürchtete, daß er wegen der den Gegenstand der jetzigen Klage bildenden Sache noch werde durch andere Klagen in Anspruch genommen

*) Planck II S. 102 ff. Löning: Reinigungseid S. 302.
**) Sp. I 28, II 41 § 2, 60 §§ 1, 2.
***) Brünner Schöffenbuch c. 39.
†) Planck I S. 379 ff. Schröder R.-G. S. 713 Anmerk. 14.

Digitized by Google

werden, konnte er seine Einlassung auf die Klage von einer Sicherheitsleistung gegen spätere anderweit zu besorgende Inanspruchnahme abhängig machen. Diese Sicherheit leisteten Grundbesitzer durch eidliches Versprechen, andere Personen durch Pfand oder Bürgen oder in Ermangelung solcher durch persönliche Sicherheitshaft. Wer mittelst einer Strafklage beklagt war, konnte in derselben Weise Sicherheit für die Durchführung der einmal erhobenen Klage verlangen. Die Bestellung der Sicherheit hatte zugleich die Folge, daß auch der Kläger eine andere Klage nicht erheben, daher denn auch die einmal erhobene in keiner Beziehung ändern durfte.

Erwähnenswerth ist noch, daß derjenige, der auf der Spurfolge zur Haussuchung schreiten will, ebenso für Wette und Buße, die er im Falle der Erfolglosigkeit seines Vorhabens zu zahlen haben würde, Sicherheit zu leisten hat.

Im Falle der Urtheilsschelte haben beide Parteien des durch die Schelte hervorgerufenen Zwischenstreites für die dem Richter durch die Beköstigung der Boten verursachten Ausgaben, außerdem aber der Urtheilsschelter für die im Falle der Erfolglosigkeit seines Widerspruches verwirkte Buße und Wette Sicherheit zu leisten.*)

2. Prozeßstrafen sind im mittelalterlichen Prozesse die Buße und das Gewedde (Wette).

Die Buße ist eine an den Prozeßgegner zu zahlende, nach dessen Geburtsstande verschiedene, im übrigen aber festbestimmte Summe. Ursprünglich Strafe für die ohne wirkliche Berechtigung oder unter Verletzung der Form in Anwendung gebrachte Zwangsgewalt des formellen Parteigebotes, dehnt sie sich später zu einer Strafe für grundlose Parteihandlungen überhaupt aus. Wie weit ihre Anwendung reichte, ob sie lediglich von der Thatsache der Erfolglosigkeit prozessualischen Handelns abhing oder einen schuldhaften Verstoß voraussetzte, ist bestritten, doch ist das erstere anzunehmen. Die gleiche Streitfrage trifft das Gewedde (die Wette) d. i. die wegen Uebertretung der Rechtsordnung an den Richter zu zahlende Strafsumme. Während die Buße eine Strafe für die am Gegner verübte Rechtsverletzung, ist die Wette

*) S. darüber Planck I S. 279. Andere Fälle von Sicherheitsleistung ebendas. II S. 333.

Digitized by Google

eine wegen Verletzung des allgemeinen Rechtsfriedens verhängte, daher der Obrigkeit verwirkte Strafe. Das Anwendungsgebiet auch der Wette ist ein großes. Neben der Buße einhergehend, trifft sie regelmäßig denjenigen, der diese verwirkt hat; denn liegt in der grundlosen Vornahme einer Parteihandlung eine Verletzung der Gegenpartei, so enthält sie immer auch eine Uebertretung der allgemeinen Rechtsordnung, da diese stets schon der verletzt, der vor Gericht „spricht oder tût wider recht“ (Sp. I 53 § 1) und die Erfolglosigkeit einer Rechtshandlung der beste Beweis für ihre Rechtswidrigkeit ist.

Es wettet (verwirkt die Strafe) aber auch der, der ohne die Rechte seines Gegners zu verletzen, nur die öffentliche Ordnung übertritt, so namentlich derjenige, der unter Nichtachtung seiner Dingpflicht ohne Grund vom Gericht fernbleibt, der die Antwort auf die Urtheilsfrage ohne Grund verweigert, der sich einer ungebührlichen Handlung vor Gericht schuldig macht oder die zur Aufrechterhaltung der Ordnung vom Vorsitzenden getroffenen Anordnungen mißachtet.*)

Verwirkt sind beide Strafen, wenn nur die Thatsache des Mißerfolges einer prozessualischen Handlung deren Rechtswidrigkeit an den Tag legt.**) Es entspricht dies der Grundanschauung des altdeutschen Strafrechts, das gegenüber der äußeren Erscheinung eines strafbaren Thatbestandes die Frage der subjektiven Verschuldung des Thäters in den Hintergrund stellt. Gewiß aber bot wie z. B. der Besitz der gestohlenen Sache so hier der Mißerfolg einer Prozeßhandlung

---

*) Scharf hervorgehoben in Sp. I 53 § 1.

Swer sô nicht en volget, als man daz gerûchte schrîet, und sîne clage nâch rechte nicht vorderet, oder ein man zu kamphe vâhet, der ime mit rechte entgêt, oder zu ûz gelegetem dinge zu zîten nicht en kümt, oder ez al versûmet, oder ab er binnen deme dinge icht sprichet oder tût wider recht, oder nicht engilt gewunnene schult binnen dinge: umbe îclîche dise sache wettet her dem richtêre, unde umbe alle schult, dâ der man sîne bûze mete gewinnet, dâ hât der richter sîn gewette an. Doch wettet man deme richtêre dicke (sehr) umbe unzucht (Ungebühr), die man tût binnen dinge, dâ der clegere, noch uf den die clage get, cheine bûze an gewinnet.

**) Hierin stehen sich Löning, Vertragsbruch S. 323 ff. 566 und Planck I S. 140 gegenüber. Die Ansichten beider scheinen zu weit zu gehen, die oben vertretene Auffassung dürfte einen Ausgleich derselben enthalten.

Digitized by Google

nur einen prima-facie-Beweis, der dann bedeutungslos blieb, wenn der Mangel einer Verschuldung ohne weiteres klar zu Tage trat. In den weitaus meisten Fällen war jener Beweis unwiderleglich. Er hätte ja auch nur dann unternommen werden können, wenn es dem deutschen Richter gestattet gewesen wäre, über Fragen, wie die, ob die unterliegende Partei in gutem Glauben oder ob sie leichtsinnig oder gar muthwillig gehandelt habe, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden.

Da die Rechtspflege grundsätzlich unentgeltlich und auch ein Anspruch auf Erstattung der der Partei entstandenen Auslagen nicht gegeben war, so bildeten jene Strafen zugleich einen Ersatz für die fehlende Prozeßkostenpflicht, indem die Wette die der Obrigkeit, die Buße die dem siegenden Gegner entstandenen Kosten deckte.*)

Beide Strafen waren zugleich zur Sühne des begangenen Unrechts bestimmt: die Buße versöhnt den verletzten Gegner, das Gewedde die gestörte Rechtsordnung; wer die Wette zahlt, kauft sich in den Rechtsfrieden, aus dem er sich selbst ausgeschlossen, wieder ein.

Ueber beide wurde in demselben Prozesse, in welchem sie verwirkt wurden, durch Urtheil entschieden.

bb. Form der richterlichen Thätigkeit

§ 58. Wie die Handlungen der Parteien, so traten die Handlungen des Gerichts in die Erscheinung durch das Mittel mündlicher Erklärung. Es mögen für häufig wiederkehrende Handlungen sich bestimmte Formen ausgebildet haben, wie das schon erwähnte nexti cantichio des altsalischen Prozesses; da die verpflichtende Kraft richterlicher Handlungen aber in der Macht des Gerichts und später auch in der obrigkeitlichen Zwangsgewalt des Vorsitzenden begründet war, so fehlte es an dem Bedürfnisse, die Wirkung der gerichtlichen Thätigkeit von der Beobachtung einer bestimmten solemnen Form abhängig zu machen.

Beim Hofgericht erfolgte schon in der fränkischen Zeit die Aufzeichnung des Inhalts der gerichtlichen Verhandlungen. Dieser Brauch wurde später allgemein, namentlich führte man

*) Erst etwa seit dem 14. Jahrhundert wird es üblich, daß die Partei die dem Richter bei einzelnen Handlungen, namentlich für Entsendung der Boten nach dem höheren Gericht entstandenen Auslagen zu erstatten und hierfür Sicherheit zu leisten angehalten wird.

Digitized by Google

in den Städten Bücher, in denen die vor Gericht vorgenommenen Rechtsgeschäfte, sowie die vom Gericht erlassenen Urtheile eingetragen wurden. Es geschah dies aber lediglich zum Zwecke der Beurkundung, die Wirksamkeit der gerichtlichen Handlung war von der Eintragung ihres Inhalts nicht abhängig.

§ 59. In welcher Fassung das gefundene Urtheil verkündet wurde, in welcher Weise es zu der konkreten Sachlage Stellung nahm, das richtete sich unzweifelhaft nach den Umständen des einzelnen Falles. Es sind uns Urtheile überliefert, die nichts als einen abstrakten Rechtssatz enthalten — durchaus entsprechend dem Brauche, das Gericht um nichts weiter als um ein Zeugniß über einen allgemeinen Rechtssatz anzugehen; dagegen sind andere Urtheile aufbewahrt, die eine genaue Anweisung über das Verhalten der Parteien ertheilen, also auf die konkrete Sachlage eingehen, ohne den allgemeinen Rechtssatz anzugeben, welcher die erste Prämisse des Urtheils bildete. Zuweilen wird erklärt, die Rede dieser oder jener Partei sei die „rechte Rede",*) der Beklagte sei näher, das Gut zu behalten, als der Kläger, es jenem abzugewinnen — ganz entsprechend der von den Parteien gestellten Urtheilsbitte und der sich an diese anschließenden Antwort des gefragten Schöffen. Zum Verständniß eines so gefaßten Urtheils gehörte daher die Kenntniß der Parteireden, der Urtheilsbitte und der Antwort des Urtheilsfinders. Entstanden später Zweifel über diese Elemente und also auch über die Bedeutung des Urtheils, so mußte in einem neuen Rechtsgange das (später durch die Gerichtsurkunden verdrängte) Gerichtszeugniß aushelfen.

B. Das wechselseitige Verhältniß von Parteien- und Richterhandlungen.

a. Die Parteihandlungen.

§ 60. Das mittelalterlich-deutsche Prozeßrecht hat unerschüttert an dem Grundsatze „daß die Parteien das Recht der freien Verfügung über ihre zum Gegenstande des Prozesses gemachten Rechte behalten und dasselbe durch ihre

*) Kl. mit Rechte abgewiesen. Kl. könne sich zu der Sache ziehen, Bekl. ist näher die Sache zu behalten, er soll dies Gut räumen, z. B. R. Ldr. c. 23.

Digitized by Google

Prozeßhandlungen nur bethätigen, m. a. W. an der durch nichts beschränkten Dispositions- und Verhandlungsmaxime festgehalten.*) Es konnte dies auch nicht anders sein: es hätte dem Selbstbewußtsein und Freiheitsgefühl des Germanen auf das schärfste widersprochen, wenn man ihn gezwungen hätte, im Interesse höherer, über den Machtbereich des Einzelnen hinausgehender Ziele seine Verfügungsfreiheit an die Gerichtsgemeinde abzutreten, die doch nur zu dem Zwecke zusammentrat, Freiheit und Recht der Volksgenossen zu schützen. Ueberdies hätte jedes selbstthätige Untersuchen das Gericht zu freier Prüfung der Ergebnisse seiner Forschung genöthigt und damit zugleich das Beweissystem erschüttert. Ja selbst das bewährte Mittel, durch Befragung der Parteien ein unklar oder unvollständig dargestelltes Sachverhältniß zu voller Klarheit herauszuarbeiten, mußte dem altdeutschen Prozeßrecht fremd bleiben, da es ja gar nicht darauf ankam, der Beurtheilung des Gerichts Thatsachen zu unterbreiten, sondern vielmehr darauf, durch fertig formulirte Rechtsbehauptungen, die das Ergebniß der von den Parteien außerhalb des Gerichts vorgenommenen Thatsachenprüfung waren, eine Entscheidung darüber herbeizuführen, wessen Behauptung die gegentheilige Erklärung der andern Partei ausschließe.

Es wirkten also nicht nur die unmittelbar das Recht der Partei berührenden, im Prozesse bethätigten Rechtsgeschäfte, sondern auch der Gebrauch oder Nichtgebrauch der prozessualischen Angriffs- und Vertheidigungsmittel als Willensakte der verfügungsberechtigten Partei: das Gericht mußte sie als solche hinnehmen und beachten, auch wenn die Urtheilsfinder infolge zufälliger Kenntniß der Verhältnisse die Handlungsweise der Partei nicht billigen mochten; die Gegenpartei konnte die ihr durch dieselben eingeräumten Vortheile voll ausnutzen und sich dabei nicht blos an den Sinn, sondern streng an den Wortlaut der ihr günstigen Erklärung halten, für die erklärende Partei selbst aber gab es keinen Rücktritt von der einmal getroffenen Verfügung. Was insbesondere das Bekenntniß anlangt, so umfaßt es noch den nicht zum Bewußtsein gelangten Gegensatz von Geständniß und Anerkenntniß.**) An und für sich ist es bloßes Geständniß, in-

*) Vgl. über diese Begriffe den Allgemeinen Theil §§ 128, 132.

**) S. über diesen den Allgemeinen Theil § 130.

Digitized by Google

dem es nur die vom Gegner aufgestellte Behauptung für richtig erklärt, es kann aber zum Anerkenntniß, d. h. zur ausdrücklichen Unterwerfung unter den Klageanspruch werden, wenn es gegenüber derjenigen Rechtsbehauptung des Klägers abgegeben wird, die seinen Klageanspruch zum Ausdruck bringt.

§ 61. Auch das Nichthandeln ist da, wo die Partei zur Wahrung ihrer Rechte handeln sollte oder könnte, ein Akt privatrechtlicher Verfügungsmacht und ist als solcher vom altdeutschen Recht stets behandelt worden. Diesem ist das Nichthandeln, insbesondere die Nichterklärung auf eine vom Prozeßgegner vorgebrachte Rechtsbehauptung zunächst nichts weiter als was sie der natürlichen Auffassung sein muß: die bloße Unterlassung des Widerspruchs. Da nun aber gerade nach deutscher Anschauung dem Worte des Einen ein gleiches Vertrauen geschenkt werden muß, wie der Gegenrede des Andern, so bewirkt jene Unterlassung des Widerspruchs nicht etwa die Fiktion des Geständnisses (denn Fiktionen waren dem deutschen Recht fremd), sondern die Aufrechthaltung des dem Worte der handelnden Partei von vornherein entgegengebrachten Vertrauens. Ob die Partei, die sich erklären sollte, also vorzugsweise der Beklagte, der zur Klage Stellung nehmen soll, gar nicht erschien, oder, obwohl anwesend, die Antwort verweigerte, mußte gleich sein und war in der That gleich. Aber auch auf eine mangelhafte Gegenrede fand der gleiche Grundsatz Anwendung. Der Formalismus des altdeutschen Prozesses führte zur Buchstabeninterpretation der Parteireden: jede Partei hatte sich vollständig, in ältester Zeit Wort für Wort auf die Rede der andern Partei zu erklären. That sie das nicht, so wurde ihre Erklärung entweder so behandelt, als ob sie sich nicht erklären könne und nicht erklärt hätte, oder es wurde wenigstens nur so viel für widersprochen erachtet, als nach den Worten des Gegners wirklich widersprochen war. Ein Versehen der Partei oder ihre Unbeholfenheit in der Formulirung prozessualischer Erklärungen blieb unberücksichtigt, auch wenn ein solcher Mangel vollständiger Auslassung dem unbefangenen Blicke klar zu Tage lag. Da nun der Kläger nicht gezwungen war, Thatsachen vorzutragen, so war die Folge des unterlassenen Widerspruchs nicht die, daß die Wahrheit gleichwohl behaupteter Thatsachen, sondern die, daß die Rechtsbehauptung des Klägers feststand. Wie im Falle kontradiktorischer Verhandlung, so konnte auch im Falle der

Digitized by Google

Säumniß des Beklagten das Gericht die Schlüssigkeit der klägerischen Rechtsbehauptung nicht prüfen, der Beklagte mußte also ohne weiteres als „überwunden" gelten.*)

Das deutsche Recht erblickte aber in dem Nichterscheinen der gehörig geladenen, sowie in dem Nichtantworten der anwesenden Partei eine Verletzung der Dingpflicht, die nicht etwa nur dem Gegner, sondern auch der Rechtsordnung zu leisten war und deren Verletzung daher öffentliche Strafe nach sich zog. Denn die Dingpflicht verlangte von dem Einzelnen nicht blos den Besuch der Gerichtsversammlung und die Mitwirkung an der Rechtsprechung, sie verpflichtete ihn auch, dem eigenen Gegner zum Rechte zu verhelfen, insbesondere also sich auf die Klage einzulassen und die Verhandlung fortzusetzen. An der Erfüllung dieser Einlassungspflicht hatte die Rechtsordnung ein um so dringenderes Interesse, als in ältester Zeit das Gericht nicht in der Lage war, durch unbedingte Verurtheilung des Beklagten dem Kläger einen vollstreckbaren Schuldtitel zu verschaffen, ein solcher vielmehr nur durch das Urtheilserfüllungsversprechen hergestellt werden konnte. War also der Beklagte zur Abgabe dieses Versprechens nicht zu bewegen, so war die Durchführung des klägerischen Anspruchs unmöglich. Damit erklärt sich die strenge Strafe, mit der das alte Recht das Erscheinen des Beklagten und das Urtheilserfüllungsgelöbniß erzwang: wer seine Mitwirkung zum Schutze des Rechts verweigerte, setzte sich selbst aus der Rechtsordnung, die er mißachtete, heraus, er wurde friedlos, bis er durch Abgabe des verlangten Versprechens sich in den Rechtsfrieden wieder einkaufte. Diese Strafe hat sich später gemildert, die Friedloserklärung ergriff zunächst nur das Vermögen (s. oben)**) und noch später trat sie nur ein, wenn der

---

*) Planck II. S. 268, 269 erklärt sich diese Folge daraus, daß „nach der Auffassung des deutschen Rechts eine Verhandlung und ein Urtheil" beim Erscheinen nur einer Partei nicht möglich gewesen wäre. Diese Auffassung ist nirgends ausgesprochen. Warum sollte einseitiges Verhandeln nicht möglich gewesen sein? Jene Folge mußte vielmehr aus dem Grunde eintreten, weil eine Verhandlung im Falle der Anwesenheit nur einer Partei nicht nöthig war.

**) cap. Ludwigs des Frommen a. 817 c. 12: . . . et si post unam et alteram comitis admonitionem aliquis ad mallum venire noluerit, rebus ejus in bannum missis venire et justitiam facere compellatur.

Digitized by Google

wegen Ungerichts oder vor dem Reichshofgericht Belangte*) in seinem „Hochmuthe" (Richtst. Ldr. 37 § 3) der Ladung nicht Folge leistete. Der Ungehorsam gegenüber dem Königsgericht bewirkte zunächst die bloße Acht, fortgesetzter Ungehorsam die Oberacht, mit der die Friedlosigkeit verbunden war, schließlich wurden die Machtmittel der Kirche in Bewegung gesetzt und der Bann verhängt. In jedem Falle verwirkte der Ungehorsame Buße und Wette. Es wurde also trotz der Abschwächung des ursprünglich in Anwendung gebrachten Zwangsmittels der Grundsatz aufrecht erhalten, daß das Nichterscheinen und das Nichtantworten strafbare Rechtsverletzungen seien.

Beide Rechtsfolgen, die Ueberwindung der nicht erschienenen Partei in der Sache selbst und die Strafe, setzten wirkliche Versäumniß voraus, d. h. gehörig erfolgte Ladung und die Abwesenheit eines das Ausbleiben entschuldigenden Hinderungsgrundes. Solche vom Gesetz gebilligte Gründe (sumnis, sunnis) kannte schon das fränkische Recht; später faßte man sie unter dem Namen echte oder ehehafte not zusammen.**) Aber während jeder einzelne Fall der Säumniß schon Buße und Wette im Gefolge hatte, traten die schweren Rechtsnachtheile erst nach dreimaliger vergeblich erfolgter Ladung ein: in jedem Termine, in welchem der Beklagte ausblieb, mußte die Klage abermals erhoben werden. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist, wenn es sich um eine Schuldklage handelt, der klägerische Anspruch endgültig festgestellt, der Beklagte ist gewunnen in der schult (Sp. III 39 § 3), und es kann nunmehr die Zwangsvollstreckung erfolgen, nachdem schon nach der ersten erfolglos gebliebenen Ladung zur Sicherung des Gläubigers die Pfändung hatte vorgenommen werden können. Ist um Gut geklagt und die Klage an drei aufeinander folgenden Gerichtstagen wiederholt worden, so wird der Kläger in das Gut eingewiesen, er erlangt die Gewere. Aber während der Schuldklage gegenüber eine spätere Aufhebung der Versäumnißfolge ausgeschlossen ist, hat

*) Planck II. S. 285. Franklin, Reichshofgericht II S. 284 ff.

**) Sp. I 7. Schwbf. 22: Ehaft not ist vancnusse und ob ein man in des riches dienste ist oder in sins herren dienste oder in gotes dienste und den siechtum irret. Grimm, Rechtsalterthümer 847 ff. Planck II. S. 326 ff. Schmidt: Echte Not. 1888.

Digitized by Google

der Beklagte gegenüber der Klage um Gut noch Jahr und Tag Zeit, die Einweisung des Klägers rückgängig zu machen und sein Gut zu vertheidigen. (Sp. I 70 §§ 1, 2).

Dem Nichterscheinen wird die verweigerte Antwort und die verweigerte Fortsetzung der Verhandlung gleichgestellt.

Blieb der Kläger aus, so war der Beklagte, der sich an drei aufeinander folgenden Gerichtstagen zur Vertheidigung auf die Klage bereit erklärt hatte, entweder für immer oder auf Zeit von der Klage befreit; und war eine Klage um Gut erhoben, so konnte der Beklagte das Friedewirken des Richters betreffs des in Anspruch genommenen Gutes verlangen.*)

§ 62. Wie das zum Gegenstande des Prozesses gemachte Privatrechtsverhältniß, so unterlag auch die Begründung, Entwicklung und Erledigung des Prozeßrechtsverhältnisses der Verfügungsmacht der Parteien, m. a. W. es herrschte das Prinzip des Parteibetriebes.**) Die Einleitung des Verfahrens, die Erhebung der Klage, die Antwort des Beklagten, die Findung des Urtheils, die Führung des Beweises, die Einleitung und Fortsetzung der Zwangsvollstreckung hingen von dem Willen der Parteien ab, an keiner Stelle des Verfahrens war dem Richter gestattet, über die nächste, von den Parteien unmittelbar verlangte Handlung hinaus im Interesse des Fortganges des Prozesses eine weitere Thätigkeit zu entwickeln.

Diese prozessualische Verfügungsmacht der Parteien fand ihre natürliche Schranke an den im öffentlichen Interesse gegebenen Satzungen. Die Ordnung des Verfahrens im ganzen wie die Form der einzelnen Prozeßhandlung stand unverrückbar fest: jede auch nur unbedeutende Abweichung von diesen Formen war selbst bei ausdrücklicher Zustimmung der Gegenpartei schlechthin versagt, eine verpflichtende Kraft auf die Gegenpartei und auf das Gericht übten die Parteihandlungen nur dann aus, wenn sie in die feststehende Form gekleidet waren.

§ 63. Diese strenge Wahrung des Verhandlungsprinzips und des Grundsatzes des Parteibetriebes ließ sich nur da durchführen, wo reine Privatinteressen der sich gegenüber-

*) Planck II. S. 319 ff.

**) Allg. Theil §§ 134—138.

Digitized by Google

stehenden Parteien zur Geltung gebracht wurden. In allen Fällen, in denen die Prozeßparteien sich nur zu Sprechern allgemeiner Interessen machten, mußte die Erfahrung, daß nicht selten die wichtigsten Interessen einen Vertreter überhaupt nicht finden, zu einer Erschütterung jener Prinzipien führen. Derselbe Gedanke kam im mittelalterlich-deutschen Rechte zur Geltung, indem sich aus dem ursprünglich einheitlichen Verfahren besondere strafprozessualische Grundsätze herausschälten, und dem Suchen nach einer zweckmäßigen Gestaltung des auf die Bestrafung von Friedensbrüchen abzielenden Verfahrens verdankten die Rüge- und die Vehmgerichte ihre Entstehung.

Der gleiche Gedanke hatte indessen schon sehr viel früher, nämlich unter den fränkischen Königen, zu einem von den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses befreiten Verfahren geführt.*) Nur der König hatte die Macht, sich über die Formen des ordentlichen volksrechtlichen Prozesses hinwegzusetzen und sich die Grundsätze des von ihm geleiteten Verfahrens selbst vorzuschreiben. Jenes abweichende Verfahren konnte daher nur im Gericht des Königs oder seiner Vertreter (der missi) zur Anwendung kommen; seit den Karolingern mußte es übrigens auf Befehl des Königs auch im Grafengerichte gehandhabt werden. Zwar fand es sein ursprüngliches und eigentliches Anwendungsgebiet in Verwaltungs- und Strafsachen, doch wurde es auch in Prozessen um Rechte des Fiskus und kraft besonderer Verleihung in Rechtsstreitigkeiten königlicher Kirchen und Klöster beobachtet. Es bestand darin, daß auf Parteiantrag oder von Amtswegen glaubhafte Männer vor Gericht geladen und dort vom Richter über ihr Wissen *befragt* wurden, weshalb es den Namen inquisitio erhielt. Dieses, wie die hier angegebene Andeutung zeigt, von den Grundsätzen des ordentlichen Rechtsganges stark abweichende Verfahren, diente entweder innerhalb eines schon schwebenden Prozesses als Ersatz des volksrechtlichen formalen *Beweises* oder gleich unserer heutigen Voruntersuchung als Mittel, ein späteres Prozeßverfahren *vorzubereiten*.

Im ostfränkischen Reiche ist es nicht heimisch geworden.

*) *Brunner*: Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie. *Derselbe*: Entstehung der Schwurgerichte S. 85 ff. *Waitz*: Deutsche Verfassungsgeschichte IV S. 425 ff. *Sohm*: F. Reichs- und G.-Verf. S. 126 ff., 167, 168. *Bethmann-Hollweg* V S. 148 ff.

Digitized by Google

b. Die richterlichen Handlungen.

§ 64. Das richterliche Urtheil muß seiner zweifachen Natur entsprechend eine zweifache Wirkung äußern: es ist einmal ein Zeugniß bestehenden Rechts und wirkt als solches entweder nur dadurch, daß es den vorhandenen Rechtssatz von neuem bestätigt, oder dadurch, daß es unklare Rechtssätze zum Bewußtsein bringt und also das bestehende Recht zeitgemäß fortentwickelt. Diese mehr theoretische Bedeutung des Urtheils verleiht demselben ein allgemeines Interesse, das dazu geführt hat, Urtheilsbücher anzulegen, in welche die einzelnen Urtheile, welche über wichtigere Rechtsfragen entschieden, eingetragen wurden, damit man sich künftig in ähnlichen Fällen danach richte.*)

Das Urtheil wird aber dadurch, daß der Richter es ausgiebt, zum zwingenden Rechtsgebot und wirkt als Entscheidung der konkreten Streitfrage, als Feststellung dessen, was in dieser Frage Rechtens ist. Dadurch erlangt es praktische Bedeutung für alle diejenigen Personen, die an dem Gegenstande des Streites betheiligt sind. Dieser praktischen Anforderung wird das Urtheil des mittelalterlich-deutschen Prozesses um so wirksamer gerecht, als es mit der Ausgabe durch den Richter für diesen unwiderruflich und für die Parteien unanfechtbar wird. Der Urtheilsschelte war, wie gezeigt, nur das von dem gefragten Schöffen vorgeschlagene noch nicht zur Abstimmung gestellte Urtheil ausgesetzt. Da das Urtheil also durch die Ausgabe Seitens des Richters die formelle Rechtskraft erlangte, so war es an sich zum Vollstreckungstitel geeignet. Wenn es diese Eigenschaft gleichwohl im einzelnen Falle nicht besaß, so erklärt sich das daraus, daß nicht jedes

*) Constit. pacis Moguntin. a. 1235. Licet per Germaniam constituti dicant in causis et negotiis privatorum consuetudinibus antiquitus traditis et jure non scripto; quia tamen ardua quaedam, quae generalem statum et tranquillitatem imperii reformabant, nondum fuerant specialiter introducta, morum partem aliquam, si quando casus trahebat in causam, ficta magis opinio quam statuti juris aut optentae contradictorio judicio consuetudinis sententia terminabat.. Item scribet (notarius d. i. der Hofgerichtsschreiber) omnes sententias coram nobis in majoribus causis inventas maxime contradictorio judicio obtentas, quae vulgo dicuntur gesamint-urteile, ut in posterum in casibus similibus ambiguitas rescindatur, expressa terra, secundum consuetudinem cujus sententiatum est.

Digitized by Google

Urtheil eine unmittelbare Verpflichtung zu einer Leistung aussprach. Wiederholt wurde erwähnt, daß in älterer Zeit nur ein Beweisurtheil erlassen wurde, dem man regelmäßig die Erklärung beifügte, was Rechtens sein würde, wenn der Beweis geführt und was, wenn er nicht geführt würde. Einem derartigen Urtheil lag aber gar nicht die Absicht zu Grunde, dem unterliegenden Theile einen direkten Zwang aufzuerlegen; einen solchen kannte das ältere Recht nicht, es wollte vielmehr den Parteien nur eine Belehrung darüber ertheilen, wie sie sich zu verhalten hätten, wenn sie dem Rechte gemäß leben und eine Rechtswidrigkeit vermeiden wollten, es wurde also für den von den Parteien zu schließenden Urtheilserfüllungsvertrag durch das Urtheil nur der Inhalt festgestellt. Obwohl nun das spätere Recht in dem Urtheile selbst einen Zwangstitel erblickte und die rechtliche Nothwendigkeit des Erfüllungsversprechens beseitigte, geschah es doch nicht selten, daß die Parteien es bei dem Beweisurtheile bewenden ließen und, wie früher, sich sofort durch Vertrag den leicht erkennbaren Rechtsfolgen der gelungenen oder mißlungenen Beweisführung unterwarfen, daß sie höchstens noch darüber ein Urtheil begehrten, ob der Beweis „vollkommen" d. h. geführt sei, ja daß sie ein Urtheil überhaupt nur über allgemeine Rechtsfragen verlangten und nach dieser Belehrung ihre Rechtsverhältnisse durch Vertrag festsetzten. In allen diesen Fällen konnte von einer Vollstreckbarkeit des Urtheils nicht die Rede sein.

§ 65. Das Rechtsverhältniß, das den Gegenstand des Urtheils bildete, empfing durch dasselbe seine bindende Feststellung für alle Personen, welche an diesem Verhältniß irgendwie betheiligt waren und zur Schöpfung eines dem Rechte entsprechenden Urtheils hätten beitragen können.*) Während nach heutigem Recht stets nur diejenige rechtliche Beziehung, welche zwischen den Prozeßparteien obwaltet, festgestellt wird, gleichviel ob einem Dritten an dem Streitgegenstande ein besseres Recht zusteht, als derjenigen Partei, die gesiegt hat, trifft das altgermanische Urtheil über den Streitgegenstand eine absolute Festsetzung. Wenn also die Entscheidung getroffen wurde, daß das im Streite befangene Gut dieser oder jener Partei zu Recht gehöre, daß der Beklagte seinem Gegner

*) Planck I S. 320 ff.

Digitized by Google

eine Leistung schulde, so war ein Jeder, der in der Gerichtsversammlung anwesend gewesen war und den Streit mit angehört hatte, an diese Entscheidung gebunden, denn es war ihm ja Gelegenheit geboten worden, sein besseres Recht geltend zu machen; ließ er diese Gelegenheit unbenutzt vorübergehen, so hatte er sich „verschwiegen", d. i. sein Recht aufgegeben.

Um diese Wirkung des Urtheils sofort äußerlich erkennbar zu machen, sprach der Richter auf Verlangen der obsiegenden Partei das sog. Friedewirken aus, d. h. eine feierliche Erklärung, daß das im Urtheil anerkannte Recht vor jedem Bruche sicher sein solle.

Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft reichten also weiter als heutzutage. Der späteren gerichtlichen Anfechtung des einmal durch Urtheil klargestellten Rechtsverhältnisses stand eine prozeßhindernde Einrede entgegen.

B. Der Gang des Verfahrens.*)

I. Reihenfolge der Handlungen.

§ 66. Wie die einzelne Prozeßhandlung einer bestimmten Form, so war die Gesammtheit aller Prozeßhandlungen einer festgefügten Ordnung unterworfen, und so unbiegsam die Form der einzelnen Handlung war, so sehr gebrach es dem Verfahren im Ganzen an Elastizität.

Jene Ordnung zeigte sich einmal in der Zerlegung des Verfahrens in einzelne Abschnitte und zweitens in der Herrschaft eines strengen Präklusionsprinzips, das jede einzelne Handlung in einen bestimmten Abschnitt verwies.

§ 67. Die Abschnitte des Verfahrens waren von vornherein gegeben und fest begrenzt, innerhalb derselben aber konnten so viele besondere Abschnitte gemacht werden, als Rechtsfragen der Entscheidung bedurften. So oft nämlich die Verhandlung auf die Erörterung einer Frage führte, die beiden oder auch nur einer Partei zweifelhaft erschien, so oft war das Bedürfniß gegeben, ein Urtheil des Gerichts herbeizuführen. Da nun jedes Urtheil durch den feierlichen Ausspruch des Richters die formelle Rechtskraft erlangte, so bildete

*) Allgemeiner Theil §§ 145 ff.

Digitized by Google

es für das weitere Verfahren die unabänderliche Grundlage, und so abhängig das den Prozeß endgültig entscheidende Urtheil von der vorgängigen urtheilsmäßigen Beantwortung aller Vorfragen war, so unzulässig war ein späteres Zurückgehen auf vorher durch Urtheil erledigte Streitpunkte.

Auf diese Weise wurde das altgermanische Verfahren der Besonderheit des einzelnen Falles wenigstens insoweit gerecht, als es der Reichhaltigkeit des Streitstoffes an einzelnen Rechtsfragen durch die Gewährung der entsprechenden Zahl von einzelnen *besonderen* Prozeßabschnitten und besonderen Urtheilen entsprach. Die *Hauptabschnitte* des Verfahrens standen doch ein für allemale fest.

Der *erste* dieser *Hauptabschnitte* hatte die Frage zum Gegenstande, ob die zum Zwecke der Prozeßeröffnung vorgenommene Handlung des Klägers das Prozeßverhältniß und also die Einlassungspflicht des Beklagten begründet habe oder nicht.*) Zu den Prozeßvoraussetzungen gehörten vor allem die gewöhnlich auf Betreiben des Richters erörterten Vorbedingungen allen prozessualischen Handelns, deren Mangel *jeden* Beklagten von der Antwortpflicht befreite: nämlich die rechte Dingstatt und die rechte Dingzeit. Die Prozeßvoraussetzungen, die nur gerade gegenüber *diesem* Beklagten wirkten, waren formeller oder materieller Natur. Zu den ersteren gehörte die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts, das Recht des Klägers, vor Gericht oder vor diesem Gericht aufzutreten und ferner dasjenige Maß von Klarheit der klägerischen Rechtsbehauptung, das dem Beklagten eine geeignete Vertheidigung ermöglichte. So konnte er bei Klagen auf Gut die genaue Bezeichnung des begehrten Gegenstandes und bei Schuldfragen die Angabe des Rechtsgrundes verlangen, vor der Erfüllung dieses Verlangens aber die Antwort verweigern.**) Von der Antwortpflicht befreite ferner auch die Nichtleistung der nach sächsischem Rechte dem Kläger obliegenden Klagengewere (s. oben § 58). Endlich war der Beklagte der Einlassungspflicht dann enthoben, wenn der Kläger die formrichtige Vornahme derjenigen außergerichtlichen

*) *Siegel*, Gerichtsverfahren § 20. *Planck* I §§ 51—58.

**) *Laband*, Vermögensr. Klagen S. 11 ff. *Planck* I S. 374. Von Amtswegen konnte das Gericht ein solches Verlangen an den Kläger nicht stellen, denn die Angabe des Rechtsgrundes gehörte an sich nicht zur Vollständigkeit der Klage.

Digitized by Google

Handlungen unterlassen hatte, welche die Feststellung einer Vorbedingung gerichtlichen Verfahrens überhaupt oder des gerade erhobenen Anspruchs insbesondere bezweckten. Es sei hier nur daran erinnert, daß die Schuldklage von der formell gültig vorgenommenen Mahnung und dem auf diese erfolgten Widerspruche des Beklagten abhängig war, daß die Anefangsklage nur erhoben werden konnte, wenn die beanspruchte Sache beim Beklagten gefunden worden war, und daß in jedem Falle eine Antwort nur dann gefordert werden konnte, wenn der Beklagte form- und fristgerecht geladen war.

Den Mangel einer materiellen Prozeßvoraussetzung rügte der Einwand, daß der Kläger nicht der richtige Kläger, der Beklagte nicht der rechte Beklagte sei, daß Kläger den Anspruch durch früheres Verschweigen oder durch Vergleich aufgegeben habe, daß über denselben Anspruch schon einmal durch Urtheil entschieden worden sei.

Wurde vom Beklagten eine dieser gegen seine Einlassungspflicht gerichteten Einwendungen erhoben, so war durch Urtheil zu entscheiden. Wurde ein Einwand der genannten Art nicht geltend gemacht, so lag ein Bedürfniß, die Antwortpflicht durch Urtheil auszusprechen, nicht vor, und der als hier der erste bezeichnete, mögliche Prozeßabschnitt trat wenigstens äußerlich nicht hervor.

Der zweite Hauptabschnitt, der ebenso wie heute, so auch damals thatsächlich in den meisten Fällen den ersten gebildet haben wird, hatte den Streit zum Gegenstande, welche der einander gegenüber gestellten Parteibehauptungen die entscheidende sei; er erschöpfte sich regelmäßig mit Klage, Antwort und etwa noch einer Gegenrede des Klägers und fand seinen Abschluß entweder in einem Bekenntnisse des Beklagten oder in einem Urtheil.

Gab nämlich der Beklagte gegenüber der Rechtsbehauptung des Klägers ein unbedingtes Bekenntniß ab, so erübrigte sich das gerichtliche Urtheil, doch blieb es dem Kläger unbenommen, ein Urtheil etwa des Inhalts herbeizuführen, daß die Schuld gegen den Beklagten gewonnen sei.

War die Sache zur Endentscheidung reif, sei es, daß das Gericht die Behauptung der einen Partei für rechtlich unerheblich erachtete, oder daß entscheidende Behauptungen zugestanden oder auch blos nicht bestritten waren, so erging das Endurtheil.

Digitized by Google

Häufiger und wichtiger war der Fall, daß eine Behauptung, auf die es ankam, vom Gegner ausdrücklich als unrichtig bezeichnet wurde. In diesem Falle wurde ein Beweis-Urtheil erlassen, welches nicht etwa die Anordnung traf, daß ein bestimmter Beweis geführt werden solle, nach dessen Ergebniß das Gericht alsdann entscheiden wolle, sondern wie jedes andere Urtheil ein Rechtszeugniß aussprach. Hierin gerade lag die hohe Bedeutung des Beweisurtheils für den Prozeß. Dasselbe enthielt vor allem diejenige Parteibehauptung, die zu beweisen war, und damit die Bezeichnung der Partei, welche den Beweis zu führen hatte, und die Angabe des Beweismittels, durch welches der Beweis zu erbringen war. Die Entscheidung über das Beweisthema war von der vorgängigen rechtlichen Beurtheilung des Streitfalles abhängig; sie gab das Resultat dieser Beurtheilung wieder, indem sie erklärte, welche Parteibehauptung diejenige sei, die den ganzen Prozeß entscheide. Da nun ferner bei dem Ausschluß des Gegenbeweises mit der Bezeichnung der nach der Art des Beweissatzes erforderlichen Beweismittel die Bedingung festgesetzt war, von welcher die Bewahrheitung jener allein entscheidenden Behauptung abhing, so enthielt das Beweisurtheil die eigentliche Prozeßentscheidung. Daher bildete das Beweisurtheil im älteren Prozesse schlechthin das Urtheil, ein weiteres Urtheil war nicht erforderlich; dasselbe lautete denn auch dahin, der Beweisführer solle geloben, entweder den Beweis seiner Behauptung zu führen, oder sich der Behauptung des Gegners zu unterwerfen. Die nordgermanischen Rechte hielten denn auch die Bedingtheit — entweder beweise oder leiste — für überflüssig und beschränkten sich auf ein reines Beweisurtheil. Bei den Deutschen indessen blieb es auch nach dem Verschwinden des Urtheilserfüllungsgelöbnisses Brauch, die Folge des gelungenen Beweises im Beweisurtheile selbst auszusprechen, wenn auch meistens ganz allgemein.

Nach Erlaß des Beweisurtheils tritt der Prozeß in das dritte Hauptstadium ein, in das Beweisverfahren. Der Beweis kann sofort geführt werden, wenn ein Hinderniß nicht entgegensteht, insbesondere wenn die Beweismittel zur Stelle sind.

Hat eine Partei einen Eid zu leisten, so wird sie in älterer fränkischer Zeit vom Gegner durch das feierliche tangano, in späterer Zeit durch den Richter hierzu aufgefordert. Unter mancherlei Ceremoniell (Berührung der

Digitized by Google

Reliquien eines Heiligen, Erhebung oder Berührung des Schwertes, Handauflegung auf Bart, Brust, Zopf u. A.) wird der Eid von der schwörenden Partei genau nach dem Wortlaute des Beweisurtheils gesprochen mit der Schlußformel: dat mi god so helpe unde de hilgen (Sp. III 88 § 3). Der Eid wurde „gestabt" d. h. es wurde in ältester Zeit von der Gegenpartei, später vom Richter dem Schwurpflichtigen ein Stab entgegengehalten, den der Schwörende ergriff, während er die von dem Stabenden vorgesprochenen Worte nachsprach.

Ist ein Eid mit Helfern zu leisten, so spricht zunächst die Partei den Schwur aus, wie wenn sie allein ihn zu leisten hätte, dann schwören die Eideshelfer, daß der Eid der Partei rein und unmein sei, und zwar in ältester Zeit mit gesammter Hand und mit gesammtem Munde, seit der christlichen fränkischen Zeit jeder einzeln.

Wurde Zeugenbeweis erhoben, so wurden zunächst die geladenen Zeugen dem Gegner und dem Gericht vorgestellt, und es beginnt das oben § 46 bezeichnete, der Legitimation der Zeugen dienende Verfahren. Alsdann beschworen sie das von dem Beweisführer ihnen vorgesprochene, dem Beweisurtheil entsprechende Beweisthema*). Zeugen und Helfer wurden früher von der Partei geladen (L. Sal. c. 49) und zwar durch feierliches zwingendes Gebot. Später trat auch hier richterliche Ladung an die Stelle der mannitio.

Die Beweisführung erfolgt vor Gericht. Denn dieses hatte einen etwa darüber entstehenden Streit, ob der Beweis „vulkomen si" d. h. ob er gelungen sei, sofort zu entscheiden. Mit diesem Urtheil schließt das Beweisverfahren ab.

Der Erlaß eines Endurtheils wurde in älterer Zeit durch den Urtheilserfüllungsvertrag unnöthig gemacht, denn nicht durch das Urtheil, sondern durch diesen Vertrag empfing die eventuell eintretende Leistungspflicht ihre genauere Bestimmung. Später erachtete man ein Endurtheil auch nur dann für erforderlich, wenn nicht schon im Beweisurtheil die Folge des Beweisergebnisses mit einer jeden Zweifel ausschließenden Bestimmtheit ausgesprochen war. Namentlich er-

*) Bei den Longobarden wurde das Beweisthema, das der Zeuge zu beschwören hatte, nicht im Beweisurtheile normirt, sondern der Zeuge wurde über seine Wissenschaft vernommen. Zorn: D. Beweisverf. nach long. Recht. 1872 S. 44.

Digitized by Google

gingen Urtheile, daß der Kläger in den Besitz einzuweisen sei, daß er sich zu der Sache ziehen könne, daß der Beklagte die Gewere mit Recht behalte.

Unterlag der Beklagte, sei es, daß er bekannte oder daß der Beweis zu seinen Ungunsten ausfiel, so schlossen sich an das Bekenntniß oder das Urtheil noch fernere Urtheile über Zeit und Art der Leistung wie über die Folgen der Nichtleistung an.

Damit war der letzte Hauptabschnitt des Verfahrens, die Zwangsvollstreckung, angebahnt. Ueber den Gang des Zwangsverfahrens ist oben § 49 das Erforderliche mitgetheilt.

§ 68. Diese soeben dargestellte Verfahrensordnung erhielt ihre Festigkeit aber erst durch das mit äußerster Strenge durchgeführte Präklusionsprinzip. Nach diesem Grundsatze konnten in jedem Haupt-, sowie in jedem einzelnen Unterabschnitte des Prozesses nur diejenigen Parteihandlungen Berücksichtigung finden, die unmittelbar und ausschließlich dem Zwecke dieses Abschnittes dienstbar waren. Wer den Einwand unterließ, daß er durch irgend einen Umstand von der Antwortpflicht befreit sei, konnte, nachdem er sich eingelassen oder nachdem über eine andere prozeßhindernde Einrede zu seinem Nachtheile entschieden war, auf einen solchen Einwand nicht mehr zurückkommen. Ferner bildete das Beweisurtheil eine wirkliche „Cäsur" des Verfahrens, indem vor demselben nur die wechselseitigen Rechtsbehauptungen, durch welche die Parteien zu dem Gegenstande des Streites Stellung nahmen, nach demselben lediglich die Beweisführungshandlungen erfolgen konnten. Es folgt hieraus, daß nach dem Beweisurtheil die Parteibehauptungen keinerlei Aenderung mehr erfahren durften, daß aber namentlich auch neue Parteierklärungen ausgeschlossen waren, daß also in einem und demselben Prozesse nur ein einziges Beweisurtheil vorkommen konnte. Es entsprach dies vollkommen den an anderer Stelle erörterten Grundsätzen des altdeutschen Prozesses: wurde doch zum Beweise nur die einzige Parteibehauptung zugelassen, welche an Kraft alle anderen übertraf und daher den ganzen Prozeß entschied, und gab es doch gegen diesen jenen Gegenbeweis. War also erst einmal ein Urtheil dahin erlassen, daß der Beklagte obsiegen solle, wenn er diesen oder jenen genau bezeichneten Beweis erbrächte, so hätte ja dieses Urtheil,

Digitized by Google

das doch schon in Rechtskraft übergegangen war, aufgehoben werden müssen, wenn vor oder nach der Beweisführung eine neue Behauptung aufgestellt worden wäre, durch welche jene zum Beweisthema erhobene Behauptung sich erledigt hätte.

Die Cäsur schied aber von den Parteibehauptungen nur die Beweisführung, die Beweisantretung konnte schon vor dem Beweisurtheil erfolgen. Das änderte indessen an der Strenge des Präklusionsprinzips nichts, da der Antritt des Beweises d. h. die Bezeichnung des für eine Behauptung vorhandenen Beweismittels, dem altdeutschen Recht grundsätzlich fremd, erst gegen Ende des Mittelalters allmählich üblich wurde, aber immer noch als Ausnahme erschien und nur den Zweck verfolgte, dem Gegner den Eineid zu verlegen, also für die eigene Behauptung das Beweisvorrecht zu erlangen. Einen regelmäßigen Bestandtheil der Parteierklärungen konnte die Beweisantretung nicht bilden, da ja Art und Mittel des Beweises für jede Kategorie von Behauptungen ein für alle Male feststanden.

Man würde indessen fehlgehen, wenn man in diesem Prinzip der Reihenfolge die von demselben wesentlich verschiedene Eventualmaxime erblicken wollte. Letztere, die eine Reihe von Parteihandlungen zu dem Zwecke häuft, damit die eine nach der andern Berücksichtigung fände, und die nicht selten zur Nebeneinanderstellung widersprechender Erklärungen führt, war dem altdeutschen Prozesse gänzlich fremd. Dieser forderte vor allem von jeder Partei bestimmte Erklärungen, die in omnem eventum gehäufte Aufstellung mehrerer selbständiger Angriffs- oder Vertheidigungsmittel hätte aber Zweifel darüber hervorgerufen, welche Erklärung denn die Partei selbst als die entscheidende betrachtet wissen wolle; nur eine Behauptung konnte zum Beweise zugelassen werden; hätte man den Beweis aller Behauptungen für erforderlich erachtet, so hätte man dahin kommen müssen, entweder den Beweis widersprechender Behauptungen zuzulassen, oder nach einander mehrere Beweisurtheile zu fällen. Beides wäre durchaus unzulässig gewesen.

§ 69. Die hier dargestellte Verfahrensordnung war aber auch die einzige, die das deutsche Recht kannte; ein Gegensatz von ordentlichem und außerordentlichem Verfahren bestand nicht. Denn wenn auch einzelne Ansprüche nur vor dem echten, andere nur vor dem Cent- oder Gogericht verfolgt,

Digitized by Google

letztere also in kürzerer Zeit erledigt werden konnten, als erstere, so war das Verfahren doch in beiden Fällen das gleiche. Auch dadurch wurde eine Verschiedenheit des Prozeßganges nicht veranlaßt, daß die Art des vom Gesetze verlangten Beweismittels von der Natur der zu beweisenden Parteibehauptung abhing.

Allein die Formenstrenge des volksrechtlichen Prozesses weckte doch schon früh den Gedanken, daß dieses Verfahren nicht recht geeignet sei, verschiedenartigen Rechtsschutzbedürfnissen Rechnung zu tragen. Die Macht, für bestimmt gestaltete Fälle eine Befreiung von diesen Formen herbeizuführen und andere Prozeßformen zu schaffen, besaß indeß nur der König. In welcher Weise nun die fränkischen Könige von dieser Macht Gebrauch gemacht haben, ist schon an mehreren Stellen bei Gelegenheit der Besprechung des Zeugen- und Inquisitionsverfahrens erwähnt worden.*) Die Abweichungen dieses Verfahrens von dem volksrechtlichen setzten im Beweisrecht, dem wichtigsten und für die Gestaltung des ganzen Prozesses geradezu entscheidenden Theile des altgermanischen Verfahrens, ein, ermöglichten die Ermittlung einer Reihe einzelner Thatsachen, während der Beweis des volksrechtlichen Prozesses sich auf die formale Beglaubigung einer einzigen Parteibehauptung beschränkte, und setzten hierdurch das Gericht in den Stand, die Beweisergebnisse nach billigem und freiem Ermessen zu beurtheilen. Auf diese Weise stellte sich an die Seite des nur dem jus strictum unterworfenen Verfahrens eine das jus aequum zur Geltung bringende Verfahrensart, neben einen Prozeß nach Volksrecht ein Prozeß nach Amtsrecht. Der Umstand, daß die letztere Prozeßart nicht auf das Königsgericht und das Gericht der königlichen Sendboten beschränkt blieb, sondern kraft königlichen Befehles auch im Grafengericht gehandhabt werden mußte, und daß die Befugniß, nach den Grundsätzen dieses Verfahrens zu verhandeln, ein Gegenstand besonderen Privilegs wurde, zeigt, daß man die Vorzüge dieser Prozeßart vor dem volksrechtlichen Verfahren zu schätzen wußte. Dasselbe hat denn aus den ersten in die fränkische Königszeit fallenden Anfängen heraus im Norden Frankreichs und dann in Folge der normännischen Eroberung in England seine weitere Ausbildung erfahren. Sein Entwicklungsgang wird an anderer Stelle dargelegt werden,

*) Brunner, Schwurgerichte S. 84. Schröder R.-G. S. 369 f.

Digitized by Google

hier sei nur erwähnt, daß es in Deutschland keinen Eingang gefunden hat.

Hier würde, wenn nicht das Eindringen des fremden die Fortentwicklung des einheimischen Rechts unterbrochen hätte, nicht etwa nur die Gestaltung einer außerordentlichen Prozeßart, sondern eine völlige Umgestaltung des gesammten Prozesses herbeigeführt worden sein durch das immer lebhafter werdende Bestreben, dem Beklagten die eidliche Ableugnung der Schuld zu erschweren. Das Anefangsverfahren und das Verfahren gegen den auf der That ergriffenen Verbrecher boten hierzu das Vorbild: wie in diesen Fällen, so kam es in einfachen Schuldsachen darauf an, schon in der Klage bestimmte Thatsachen zu behaupten und diese durch ein so kräftiges Beweismittel zu unterstützen, daß die Möglichkeit erfolgreicher Vertheidigung ausgeschlossen erschien. So entwickelte sich in der That ein Gegensatz von schlichter und verstärkter Klage. Besonders wirksam war bei letzterer die Berufung auf Gerichtszeugniß oder auf eine das Dingzeugniß ersetzende Gerichtsurkunde. Allein wenn man auch nicht bis zu der Erkenntniß vorwärtsschritt, daß dem Bedürfniß energischer Durchführung verbriefter Forderungen nur durch Gewährung einer Prozeßart genügt werden könne, die dem Beklagten auch das Recht der Vertheidigung schmälerte, so hat das angedeutete Bestreben, dem Beklagten die Vertheidigung thatsächlich zu erschweren, doch die spätere Entwicklung des sog. Exekutivprozesses mindestens unterstützt.

Eine wirkliche Abweichung von den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses wurde indeß durch diesen selbst ermöglicht. Da gegenüber der schlichten Schuldklage dem Beklagten nur die Wahl blieb, entweder zu bekennen und zu leisten oder zu widersprechen und zu schwören, die Mitwirkung von Urtheilsfindern aber nur dann erforderlich war, wenn zweifelhaftes oder streitiges Recht festgestellt werden sollte, so war die Möglichkeit gegeben, einfache, klare Schuldsachen rasch zu erledigen.*) In der That haben manche Stadtrechte von dieser Gelegenheit Gebrauch gemacht, indem sie gestatteten, daß schlichte Schuldklagen beim Richter angebracht würden, daß dieser den Beklagten vor sich lüde und falls derselbe bekannte, den Zahlungsbefehl ausspräche, für den Fall aber, daß der

*) Planck II § 153.

Digitized by Google

Beklagte die Antwort verweigerte oder die Schuld bestritt, die Sache auf den nächsten ordentlichen Gerichtstag verwiese.

II. Ort und Zeit.

§ 70. Die Prozeßhandlungen fanden regelmäßig an dem bestimmten Gerichtsorte statt, doch konnten sie auch außerhalb eines solchen, wo die Umstände gerade eine prozessualische Thätigkeit erforderten, vorgenommen werden.

Zu den letzteren gehörten alle Handlungen, die zu dem eigentlichen Prozesse im Verhältniß von Einleitungsakten und Voraussetzungen standen, so die Haussuchung, die Ergreifung der gefundenen Sache und die Leistung der Gefährdeeide im Anefangsverfahren und die Schuldheischung, sowie der Ungehorsamsprotest in Schuldsachen. Diese Handlungen, sowie die meisten Akte der Zwangsvollstreckung konnten nur auf dem Grundstücke des Beklagten vorgenommen werden und waren in der Regel auch insofern außergerichtliche, als sie nicht in Gegenwart und vor dem Richter erfolgten.

Alle diejenigen Handlungen aber, welche auf die Entscheidung des eingeleiteten Prozesses oder auf Herbeiführung richterlicher Ermächtigung zur Vornahme von Vollstreckungsmaßregeln gerichtet waren, konnten nur in Gegenwart des Richters vorgenommen werden und waren an eine bestimmte Stätte gebunden. Diese Stätten (Mahlstätten, Mallobergi von mâl = Sprache)*) standen von Altersher fest und galten als geheiligte Orte.**) Auf Bergen oder in Thälern oder in heiligen Hainen gelegen, wurden sie regelmäßig durch eine Eiche oder eine Linde gekennzeichnet, unter welcher man ursprünglich im Freien Gericht hielt; für den Richter und die zu beiden Seiten desselben sitzenden Urtheiler war ein Raum abgesteckt. Schon in der karolingischen Zeit stellte man auf diesem Platze zum Schutze gegen schlechtes Wetter ein Dach oder auch wohl ein vollständiges Gebäude auf. In den Städten wurde in einem diesem besonderen Zwecke dienenden oder im Stadt-Hause Gericht gehalten.

§ 71. Immer wurde für das Gericht ein Allen zugänglicher Ort gewählt. Die Oeffentlichkeit der Ver-

*) Grimm R.-A. S. 746, 747.

**) Anders beim Königsgericht, das keine feste Dingstatt hatte, doch meist am Königshofe oder an den Pfalzen gehalten wurde.

Digitized by Google

handlungen war jedoch nicht wie heutzutage, ein aus besonderen rechtspolitischen Erwägungen ausdrücklich verkündeter Grundsatz, sondern eine organische Einrichtung, ohne welche die damaligen Anschauungen von der Theilnahme des gesammten Volkes an der Rechtsprechung nicht hätten zur Geltung kommen können. Der Grundsatz der Oeffentlichkeit galt für alle Gerichte, auch für das Königsgericht, und für alle vor das Gericht gehörigen Handlungen. Auch das Zustandekommen des Urtheils mußte sich öffentlich vollziehen. Der um sein Urtheil Gefragte hatte seinen Vorschlag laut im Gericht zu erklären, damit ein Jeder Gelegenheit hätte, es zu prüfen und eventuell zu schelten. Nur die Berathungen der Partei mit ihrem Fürsprech und ihren Freunden, sowie die Berathungen des gefragten Schöffen mit den anderen Urtheilern waren nicht öffentlich, sie dienten aber auch nur der Vorbereitung eines prozessualischen Aktes.

§ 72. Die Oeffentlichkeit der Verhandlung machte die Ausübung einer strengen Sitzungspolizei erforderlich.*) Sie wird gehandhabt durch den Vorsitzenden, der bei Beginn der Sitzung dingslete unde unlust verbietet d. h. jede Störung der Verhandlung untersagt und von allen Anwesenden volle Aufmerksamkeit beansprucht. Ueber die Beobachtung dieses Befehles wacht der Frohnbote. Wer sich einer Ungebühr schuldig macht, verfällt in eine an den Richter zu zahlende Strafe. Um die Versuchung zur Verübung von Gewaltthaten zu verringern, ordnet der Sachsenspiegel**) an, daß Richter und Schöffen ohne Waffen erscheinen und zum Zeichen des Friedens ihren Mantel tragen sollen. Entblößten Hauptes sollen sie auf ihren Bänken sitzen, der Richter in der Mitte auf einem erhöhten Stuhle.

Nach der Sitzung pflegte man sich von dem Zwange, den sie auferlegt hatte, in einem Trinkgelage zu erholen.

§ 73. Daß nur zu bestimmter Zeit Gericht gehalten werden konnte und daß die ordentlichen Gerichtstage immer nach bestimmten Fristen wiederkehrten, ist im Laufe der Darstellung mitgetheilt worden. Außerhalb dieser Tage konnten nur unaufschiebbare Geschäfte vorgenommen werden. Der

*) Planck I S. 126 ff.
**) III 69 § 1.

Digitized by Google

übliche Gerichtstag war der Dienstag, eintretendenfalls der Freitag. Er begann für gerichtliche Geschäfte mit Sonnenaufgang und endete mit Sonnenuntergang.

Die Sitzungen des echten Dinges währten drei Tage hintereinander. Es ist deshalb der Schluß gerechtfertigt, daß die Zahl der hier zu verhandelnden Sachen keine ganz geringe gewesen sein kann. Auch ist bei der Umständlichkeit der Verhandlung, den zahlreichen Fällen, in welchen die Parteien zur Berathung mit ihren Freunden abzutreten für nöthig fanden, und den sicher recht häufigen Fällen, in denen die Schöffen zu berathen pflegten, anzunehmen, daß man auf jede einzelne Sache eine geraume Zeit verwendet haben mag.

In vielen Rechtsquellen war zur Verhütung von Verschleppungen die Frist bestimmt, innerhalb deren die Richter ihre Geschäfte erledigen und die Urtheiler Recht finden sollten.

Th. Schatzky, Buch- u. Steindruckerei, Breslau, Wallstr. 14.

Digitized by Google

Digitized by Google

Verlag von Wilhelm Koebner in Breslau:

Bendix, Das Preußische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872, mit Erläuterungen nebst der Preußischen Grundbuchordnung. Kart. Preis 2 Mk. 50 Pf.

Ebert, E., Das amtsgerichtliche Dezernat. Beispiele und Verfügungsentwürfe für die gesamte amtsrichterliche Thätigkeit nach Reichs- und Landrecht, unter Anführung der einschlägigen, gesetzlichen Bestimmungen. Preis 5 Mk., in Lwbd. 6 Mk.

Engelmann, A., Das preußische Privatrecht in Anknüpfung an das gemeine Recht systematisch dargestellt. 4. Auflage. Preis 7 Mk., in Lwbd. 8 Mk.

—— Der Civilprozeß. Geschichte und System. Erster Band: Allgemeiner Theil. Preis 2 Mk. 80 Pf.

Kries, Aug. von, Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses. Preis 5 Mk. 40 Pf.

Kurtz, C., Anleitung zur Bearbeitung der Vormundschafts-, Nachlaß- und Testamentssachen mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und Anhang, enthaltend Formulare zu gerichtlichen Taxen. Preis 3 Mk.

—— Verfügungen und Verhandlungen in Grundbuchsachen. Nebst Uebungen im Expeditions-, Stempel- und Kostenwesen. Preis 2 Mk. 40 Pf.

Mandowski, O., 100 Stellen aus dem Corpus juris (Digesten) mit ausführlicher Interpretation. Für Studirende. Preis 2 Mk.

Rosin, H., Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Preis 4 Mk. 50 Pf.

Th. Schatzky Buchdruckerei, Breslau, Wallstr. 14b.

Ex Bibl. 12/29/22

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,

Landrichter.

Zweiter Band:

Geschichte des Civilprozesses.

Zweites Heft:

Der römische Civilprozeß.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1891.

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,

Landrichter.

Zweiter Band:

Geschichte des Civilprozesses.

Zweites Heft:

Der römische Civilprozeß.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1891.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

Bei der Behandlung des römischen Civilprozesses mußte dem im Allgemeinen Theile dieses Werkes aufgestellten und bei der Ausarbeitung des mittelalterlich-deutschen Prozesses zu Grunde gelegten Systeme eine zusammenhängende Darstellung des Entwicklungsganges des römischen Prozesses vorangeschickt werden. Nur auf diese Weise konnte das Verständniß des systematischen Theiles ermöglicht und der Erscheinung Rechnung getragen werden, daß und wie sich aus schwerfälligen, nur für die einfachsten Verkehrsverhältnisse passenden Prozedurformen ein Verfahren entwickelt hat, das der Uebertragung auf die verwickelten Verkehrsverhältnisse der heutigen Zeit nicht widerstreben würde.

Daß die besonders charakteristischen Erscheinungen des römischen Civilprozesses nicht nur an einer einzigen Stelle, sondern von verschiedenen Gesichtspunkten und daher an verschiedenen Stellen besprochen worden sind, möge damit entschuldigt werden, daß es dem Verfasser weniger darauf ankam, eine möglichst große Fülle positiven Stoffes zu geben, als vielmehr überall die grundlegenden Gedanken aufzusuchen und zum Verständniß zu bringen.

Berlin, den 8. Juni 1891.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Einleitung. Seite

1. Uebersicht über die Entwicklung des römischen Civilprozesses § 1 1

2. Quellen und Literatur des römischen Prozeßrechts § 2 3

A. Die Gerichtsverfassung.

I. Die Zeit der Trennung von jus und judicium.

1. Bedeutung der Trennung des Verfahrens . . . 7
   Historische Erklärung. § 3. Schlußfolgerungen. § 4. Gegensatz von Legisaktionen- und Formularprozeß § 5. Ordo judiciorum und judicium extraordinarium § 6.
2. Die einzelnen Behörden 14
   a. Die Magistrate 14
      Imperium und jurisdictio § 7. Die einzelnen Jurisdiktionsmagistrate § 8. Das consilium § 9.
   b. Die Gerichte 17
      aa. Die ständigen Gerichte 17
         Das Centumviralgericht § 10. Die Decemvirn § 11.
      bb. Die nicht ständigen Gerichte 19
         Judex, arbiter, recuperatores § 12. Bildung der Geschworenengerichte § 13.
         Judicium legitimum — imperio continens § 14.

II. Die Gerichtsverfassung der späteren Kaiserzeit . . 23

Entstehung des außerordentlichen Verfahrens § 15. Jurisdiktion des Kaisers §§ 16, 17. Kaiserliche Beamte § 18. Consilium § 19. Subaltern- und Unterbeamte § 20. Geistliche Gerichtsbarkeit § 21.

Digitized by Google

B. Der Prozeß.

Seite

I. Die geschichtliche Entwicklung des römischen Civilprozesses.

A. Die Zeit der Trennung von jus und judicium.

1. Der Legisaktionenprozeß 30
   a. Begriff und Wesen der Legisaktio §§ 22—25 . . . 30
   b. Die einzelnen Legisaktionen 33
      1. Die legis a. sacramento § 26. in rem § 27. in personam § 28. Die litis contestatio § 29.
      2. Die l. a. per judicis arbitrive postulationem § 30.
      3. Die l. a. per condictionem § 31.
      4. Die l. a. per manus injectionem § 32.
      5. Die l. a. per pignoris capionem § 33.
2. Aufhebung des Legisaktionenverfahrens und Einführung des Formularprozesses § 34 . . 43
3. Der Formularprozeß 47
   a. Die formula § 35. Ihre Theile § 36. Zusätze § 37. Aenderung der subjektiven und objektiven Bedingungen § 38. Fehler der formula § 39. Translatio judicii § 40.
   b. Die Litiskontestation § 41. Consumtionswirkung § 42.
4. Durch das imperium gewährter Rechtsschutz. 68
   Allgemeines § 43. Die missio in possessionem § 44. Die restitutio in integrum § 45. Stipulationes praetoriae § 46. Interdikte § 47.

B. Das extraordinäre Verfahren und der Prozeß der späteren Kaiserzeit 77
Die extraordinaria cognitio § 48. Einfluß desselben auf das Aktionensystem § 49. Wesen des neuen Prozesses § 50. Die litis denunciatio § 51. Der Reskriptsprozeß § 52. Der justinianische Libellprozeß § 53. Die Litiskontestation § 54.

II. System des römischen Prozeßrechts.

A. Abgrenzung des Civilprozeßrechts gegen andere Gebiete. 88
Civil- und Strafprozeß § 55 Prozeß und Verwaltung § 56. Freiwillige Gerichtsbarkeit § 57.

B. Die Grundsätze des Civilprozeßrechts.

1. Der Prozeß als Rechtsverhältniß.
   a. Die Prozeßsubjekte.
      aa. Die Gerichtsbehörden 93
      Zuständigkeit § 58. Unbefangenheit und Fähigkeit der Richter § 59.
      bb. Die Parteien 95
      Die Parteirollen § 60. Stellvertreter § 61. Beistände § 62.

Digitized by Google

b. Die Prozeßhandlungen. Seite
aa. Die Handlungen an sich
α. Die Handlungen der Parteien.
αα. Inhalt der Parteihandlungen 104
Prozeßbetrieb § 63. Ladung § 64. Prozeßverhandlung § 65. Klage und Vertheidigung § 66. Beweis § 67. Beweismittel § 68. Zwangsvollstreckung § 69. Arrest § 70.
ββ. Form der Parteihandlungen § 71 . . 132
β. Handlungen der Behörden.
αα. Inhalt der magistratischen und richterlichen Handlungen 134
Allgemeines § 72. Rechtsmittel § 73. Maßregeln gegen Prozeßmißbrauch § 74.
ββ. Die Form der von den Gerichtsbehörden vorgenommenen Handlungen § 75. . . 150
bb. Das wechselseitige Verhältniß von Parteien- und Richterhandlungen.
α. Handlungen der Parteien 151
Dispositions- und Verhandlungsmaxime § 76. Unterlassung der Parteihandlungen § 77.
β. Handlungen der Gerichtsbehörden 161
Consumtion und Rechtskraft § 78.
2. Der Gang des Verfahrens.
a. Reihenfolge der Prozeßhandlungen §§ 79, 80 . . . 163
b. Ort und Zeit der Prozeßhandlungen 170
aa. Ort § 81.
bb. Zeit § 82.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

1. Ueberſicht über die Entwicklung des römiſchen Civilprozeſſes.

§ 1. Von den erſten Anfängen römiſchen Prozeßrechts fehlt ſichere Kunde; die Nachrichten, die wir beſitzen, reichen nicht über das Zwölftafelgeſetz hinaus; ſie berichten von einem Verfahren per legis actiones und laſſen die Entwicklung eines rechtlich geregelten Prozeſſes als eine bereits vollendete erſcheinen. Zeigt doch ſchon der Name legis actio, daß das Verfahren unter der Herrſchaft des Geſetzes ſtand.

Gleichwohl kann kein Zweifel darüber beſtehen, daß in Rom wie bei anderen Völkern die Entwicklung eines Prozeßrechts in der Weiſe vor ſich gegangen iſt, daß man die Selbſthilfe unter die Aufſicht der Allgemeinheit ſtellte, indem man einmal die Privatthätigkeit des Einzelnen an feſte Formen knüpfte und ferner von Staatswegen darüber wachte, daß im einzelnen Falle die Form genau beobachtet wurde, dafür aber der bloßen Form eine zwingende Kraft beilegte.

Daß auf dieſer erſten Stufe der Entwicklung der Prozeß mit der Exekution *begonnen* habe, iſt ein uns heute täuſchender Schein, in Wirklichkeit *beſtand* der Prozeß in der Exekution, an die ſich ein Streit darüber anſchließen *konnte*, ob die Form gewahrt, die private Zwangsübung alſo eine rechtmäßige geweſen ſei.

Einen weiteren Schritt vorwärts mußte die Geneſis des Prozeßrechts thun, als endlich die Auffaſſung durchdrang, daß die Entſcheidung der Frage nach der Rechtmäßigkeit privater Zwangsausübung dieſer ſelbſt vorangehen müſſe und ihre Vorbedingung bilde, denn damit wurde die Verhandlung und Entſcheidung dieſer Frage zu einem integrirenden Beſtandtheile des Prozeſſes.

Digitized by Google

Sicher haben hier religiöse Einflüsse mitbestimmend gewirkt. Denn die älteste Prozeßform, die legis actio sacramento, ist priesterlichen Ursprungs, und auch später noch erscheint das Kollegium der Pontifices als Pfleger und Hüter der ältesten Jurisprudenz, der Wissenschaft von den Prozeß- und Klageformen. Aber es ist nicht bekannt und wird voraussichtlich nicht bekannt werden, ob der Einfluß der pontifices auf das Prozeßrecht ein unmittelbarer oder ein nur mittelbarer war, ob sie an der staatlichen Rechtspflege irgendwie betheiligt waren oder ob sie den staatlichen Organen nur berathend zur Seite standen oder ob sie gewohnheitsmäßig als Schiedsrichter angerufen wurden.*)

Zuerst (mit der Mitte des dritten Jahrhunderts vor Chr.) an die Seite und schließlich (in der ersten Kaiserzeit) an die Stelle des Legisaktionenprozesses trat der Formularprozeß.

Beiden Prozeßsystemen ist die scharfe Trennung des Verfahrens in eine Verhandlung vor dem die Staatsgewalt ausübenden Magistrat (in jure) und eine Verhandlung vor einem oder mehreren aus dem Volke gewählten Richtern oder Geschworenen (in judicio) eigenthümlich. Jedem dieser Theile des Verfahrens ist eine besondere Aufgabe gestellt: in jure wird festgestellt, ob und in wie weit ein der richterlichen Entscheidung bedürfender Rechtsstreit vorliegt, in judicio wird dieser Streit verhandelt und durch richterliches Urtheil entschieden. Der Unterschied des Legisaktionenprozesses vom Formularprozesse aber liegt wesentlich darin, daß dort vor und hier unter thätiger Mitwirkung des Magistrats verhandelt, daß dort die richterliche Entscheidung zugelassen, hier angeordnet wird, daß dort Magistrat und Richter lediglich unter der Herrschaft des Gesetzes, hier aber der Richter unter dem weitausgedehnten Einflusse des Magistrats steht (Edictsrecht!).

Der Formularprozeß und mit ihm die Trennung des Verfahrens erhielt sich bis zum Schlusse des dritten Jahrhunderts nach Chr., nachdem schon seit dem Beginn der Kaiserzeit

*) Vgl. hierüber v. Jhering. Geist des römischen Rechts I § 18 (vgl. die erste Aufl. mit der vierten). Karlowa: Der römische Civilprozeß z. Zt. der Legisaktionen. 1872. S. 21 ff. Danz: Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr. 1857 Schultze: Privatrecht und Prozeß. 1883. S. 509 ff.

Digitized by Google

neben dem regelmäßigen Prozeßverfahren ein für gewisse Sachen zugelassenes außerordentliches Verfahren (die extraordinaria cognitio) bestanden hatte.

Die hier nur der Uebersicht halber angegebenen, unten ausführlicher zu behandelnden Gegensätze der einzelnen Entwicklungsstufen dürften sowohl bei der Darstellung der Gerichtsverfassung als bei der des Prozeßrechts die strenge Scheidung der älteren, auf der Trennung von jus und judicium beruhenden Rechtseinrichtungen von dem späteren Recht, das jene Trennung nicht mehr kennt, rechtfertigen. Es werden sich bei der Behandlung des Legisaktionenprozesses einige Aehnlichkeiten zwischen ihm und dem altgermanischen Rechte ergeben; dem Formularprozeß hat sich von jeher und wendet sich noch heute unser besonderes Interesse zu, weil gerade ihm das römische Recht seine wissenschaftliche Durchbildung verdankt und die Kenntniß seiner Formen für das Verständniß des römischen Privatrechts auch heute noch unerläßlich ist. Endlich aber hat der spätkaiserliche Prozeß für die fernere Geschichte des Prozeßrechts insofern die größte Bedeutung, als der römische Prozeß in der Gestalt, die er im fünften und sechsten Jahrhundert erhalten hat, Grundlage des kanonischen und gemeinen und somit des jetzt in Deutschland geltenden Prozeßrechts geworden ist.

2. Quellen und Literatur des römischen Prozeßrechts.

§ 2. Die Quellen, aus denen die Kenntniß des römischen Privatrechts geschöpft wird, sind zugleich die Quellen unserer Kenntniß vom römischen Civilprozeß. Denn die heute übliche scharfe Trennung von Privatrecht und Prozeß war den Römern unbekannt*); wie ihr Privatrecht weniger ein System von Rechten als vielmehr ein solches von Rechtsmitteln war, so genoß auch die Lehre von dem Gebrauche und der Durchführung dieser Rechtsmittel als der praktisch wichtigere Teil des Rechts ihr vornehmstes Interesse. Die Zwölftafelgesetzgebung stellt den Prozeß an die Spitze des Systems und giebt über ihn verhältnißmäßig genaue Vorschriften, auch das prätorische Edikt geht von der praktischen Thätigkeit des Prätors aus, indem es mit

*) Hierüber neuestens Fischer Recht und Rechtsschutz. 1889. S. 6 ff.

Digitized by Google

dem exordium litis beginnt, alsdann auf die auxilia juris übergeht, dabei den Inhalt der Klagerechte, d. i. das Privatrecht, behandelt und mit den finibus litium schließt.*) Dasselbe System befolgen auch noch Justinians Digesten.

Es sollen deshalb hier nur einzelne, für die Kenntniß des römischen Civilprozesses besonders wichtige Quellen hervorgehoben werden. Unter ihnen stehen obenan die uns erhaltenen Fragmente der Zwölftafelgesetzgebung**) für die älteste Zeit und die großen Sammelwerke der Kaiser Theodosius und Justinian für die Kaiserzeit, insbesondere die spätere. Hinsichtlich der Entstehung, der Eintheilung und des Inhalts dieser Werke muß auf die zahlreichen, ausführlichen Werke über römische Rechtsgeschichte und Quellen des römischen Rechts verwiesen werden.***)

Von römischen Schriftstellern, welche reiche Ausbeute für Gerichtsverfassung und Civilprozeß der republikanischen und der ersten Kaiserzeit gewähren, sind zu nennen Livius, Cicero, insbesondere des letzteren Reden, Aulus Gellius (aus dem zweiten Jahrhundert nach Christus) in seinen noctes Atticae, Quintus Fabius Quintilianus (etwa zwischen 35 und 118 nach Chr.) in seiner institutio oratoria und Sextus Pompejus Festus de verborum significatu (herausg. v. K. O. Müller 1839), ein Grammatiker des zweiten Jahrhunderts nach Chr. Diese alle überragt Gajus (lebte zur Zeit Hadrians, aber auch noch 178 n. Chr.). Von dem für den römischen Civilprozeß wichtigen Werke desselben: institutionum comentarii quatuor wurde zuerst im vorigen Jahrhundert ein Blatt gefunden und 1742 herausgegeben. Den Rest mit Ausnahme von drei Blättern fand Niebuhr im Jahre 1816 in der Bibliothek des Domkapitels zu Verona. In seinem vierten Buche giebt Gajus eine Darstellung des jus quod ad actiones pertinet und damit des Legisaktionenprozesses und des Formularprozesses. Da der Text Lücken aufweist und Gajus nicht die Absicht

*) Bruns in v. Holtzendorffs Encyklopädie. Geschichte und Quellen d. röm. Rechts. § 25. Lenel: Das Edictum perpetuum. 1883.

**) Bruns: Fontes juris romani antiqui (ed. II. 1871) p. 12 sqq. Auch bei Voigt: Die zwölf Tafeln. 1883. Bd. I S. 691 ff.

***) Bruns: Geschichte u. Quellen des röm. R. in v. Holtzendorffs Encyklopädie. Jetzt aber namentlich Krüger: Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. 1888. (Bindingsche Sammlung).

Digitized by Google

hatte, für spätere Jahrhunderte ein Geschichtswerk über römischen Civilprozeß, sondern vielmehr für seine Zeit ein Lehrbuch zu schreiben, so kann es nicht fehlen, daß sein Werk uns namentlich im älteren Prozesse über zahlreiche Punkte im unklaren läßt, die unser Interesse lebhaft in Anspruch nehmen. Indessen ist Gajus doch für wichtige Lehren des Prozesses die einzige Quelle, die wir besitzen, und die Aufschlüsse, die er uns giebt, sind trotz aller Lücken so reich, daß eine Wissenschaft des römischen Civilprozesses erst nach seiner Auffindung möglich wurde. Die Werke von Ulpian und Paulus,*) obwohl für das Verständniß des Formularprozesses gleichfalls hochbedeutsam, stehen doch an Wichtigkeit hinter den Institutionen des Gajus weit zurück.

Wie natürlich, ist die Zahl und die Zuverlässigkeit der Quellen um so geringer, je weiter die Zeit zurückliegt, von der sie berichten. Es ist deshalb die Zahl der Hypothesen über Dinge, von denen wir schlechterdings nichts bestimmtes wissen können, eine große.

II. Die Literatur des römischen Civilprozesses ist eine außerordentlich reiche. Sie läßt sich scheiden in Werke über römische Rechtsgeschichte, welche den Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung mitbehandeln, ferner in solche, welche nur den Civilprozeß darstellen, und endlich in einzelne Abhandlungen und Monographien civilprozessualisch-geschichtlichen Inhalts.

1. Zu der ersten Kategorie gehören:

Zimmern: Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian. 3. Band: Der römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwickelung. Heidelberg. 1829.

Rein: Das römische Privatrecht und der Civilprozeß bis in das erste Jahrhundert der Kaiserherrschaft. Leipzig 1836. (Prozeß von S. 403—522).

Voigt: Die zwölf Tafeln. 2 Bände. 1883. Der erste Band enthält Civilprozeß.

Namentlich aber: Puchta: Kursus der Institutionen. (Bd. II. Geschichte des römischen Civilprozesses.) Leipzig. Neun Auflagen von 1841—1881. Kürzer: Rudorff: Römische Rechtsgeschichte. (Bd. 2, Kap. 1: Civilrechtspflege). Leipzig 1857—59. Baron: Geschichte des römischen Rechts

*) Huschke: Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt (ed. IV. 1879) f. 434 sq.

Digitized by Google

Bd. I (mehr nicht erschienen) Institutionen und Civilprozeß. Berlin 1884 (Civilpr. von Seite 345—452). Sohm: Institutionen des römischen Rechts. 1888. (Rechtsschutz von §§ 33—44). Schulin: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. Stuttgart 1889 (Prozeß von S. 505 ab). Einen vortrefflichen Ueberblick giebt Quaritsch am Schlusse seiner „Institutionen und Rechtsgeschichte".

2. Nur den Civilprozeß stellen dar die hervorragenden Werke: v. Bethmann-Hollweg: Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung, Bd. I: Legisaktiones. 1864. II. Formulae. 1865. III. Cognitiones. 1866, und Keller: Der römische Civilprozeß und die Aktionen in summarischer Darstellung. 5. und 6. Aufl., herausg. von Wach 1876 und 1883. Ferner: Bekker: Die Aktionen des römischen Privatrechts. 1871—73. Karlowa: Der römische Civilprozeß zur Zeit der Legisaktionen. 1872. Wieding: Der justinianeische Libellprozeß. Wien 1865.

3. Die Werke und Abhandlungen der dritten Kategorie werden an einzelnen Stellen angeführt werden.

Unerläßlich für das Verständniß des römischen Civilprozesses sind ferner: v. Ihering: Geist des römischen Rechts. Vier Theile in verschiedenen Auflagen von 1851 ab. 4. Auflage 1880 ff. Schultze: Privatrecht und Prozeß. 1883. Mommsen: Römisches Staatsrecht. 3. Aufl. 1887. Puntschart: Die Entwickelung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer. 1872. Jörs: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. 1888.

Digitized by Google

A. Die Gerichtsverfassung.

I. Die Zeit der Trennung von jus und judicium.

1. Bedeutung der Trennung des Verfahrens.

§ 3. Die Theilung des Verfahrens in zwei Abschnitte, deren erster vor den die Staatsgewalt vertretenden Beamten und deren zweiter vor den das Volk vertretenden Richter gehört, ist Grundgesetz des Legisaktionen- und des Formularprozesses und ist uralt. Dionysius von Halikarnaß*) führt sie (antiquit. rom II, 14, 29) auf Romulus zurück, indem er von ihm berichtet, daß er über Rechtsverletzungen von größerer Bedeutung selbst geurtheilt, die geringeren aber den Senatoren überwiesen und Fürsorge getroffen habe, daß in dem Verfahren kein Fehler gemacht werde. Ueberhaupt habe sich die Thätigkeit der römischen Könige bei Ausübung der Rechtspflege auf die Anordnung beschränkt, daß geurtheilt werde (IV, 25 X, 1), dasselbe hätten die ersten Konsuln und die Decemvirn gethan. Mit diesem Bericht stimmen römische Schriftsteller überein. Ist derselbe auch nicht wörtlich zu nehmen, so zeigt doch das Zurückgreifen auf den ersten der sagenhaften römischen Könige, daß es sich hier um eine Einrichtung handelt, die man noch nach Jahrhunderten als eine der Grundlagen des römischen Staatswesens betrachtete. Eine solche Einrichtung verdankt ihr Dasein sicherlich nicht einer einzelnen positiven Satzung, sondern einer jahrhundertelangen Entwicklung, die im Gesetz nur Abschluß und Anerkennung gefunden hat.

Diese Entwicklung hat in Rom ihren Ausgang genommen von der in einer Zeit, die sich von der Rohheit des Urzustandes bereits loszusagen beginnt, natürlichen Gewohnheit, über die

*) Lebte bis etwa 7 v. Chr., schrieb in griechischer Sprache eine römische Geschichte (ἀρχαιολογία ῥωμαικὴ).

Digitized by Google

Verschiedenheit der Meinungen zweier die Meinung Eines oder eines größeren Kreises von unparteiischen Dritten einzuholen. Indem die streitenden Theile sich dem zu erwartenden Spruche freiwillig unterwerfen und für den Fall der Nichterfüllung ihres Versprechens Nachtheile auf sich nehmen, bewirken sie die friedliche Schlichtung des Streites, der früher mit roher Gewalt entschieden worden war. Sobald aber der erste Anfang der Gemeindebildung überwunden und über der Freiheit des Einzelnen die Herrschaft der Allgemeinheit erstanden ist, da *zwingt* man den Einzelnen, den Schiedsspruch des Dritten anzugehen und zu befolgen. Wer sich dem Gebote des Gemeinwesens nicht fügt, ist nicht würdig, zu ihm zu gehören, und wird ausgeschlossen. Das ist das einzige und radikalste Schreck- und Machtmittel, das man auf dieser Stufe der Kulturentwicklung besitzt, eine Friedloslegung, wie sie das deutsche Recht der ältesten Zeit geübt und wie sie auch das römische Recht noch bis in das vierte Jahrhundert vor Christus gekannt hat. Allein seine Anwendung steht nur in der Macht der Allgemeinheit oder des ihre Gewalt ausübenden Organs. Der Anrufung der *Staatsgewalt* bedarf jetzt also der, der seinem Verlangen nach Unterwerfung unter den Spruch eines Dritten und diesem Spruche selbst den nöthigen Nachdruck geben will. Nach wie vor aber bleibt der Schiedsspruch das untrüglichste Zeugniß von der im Gemeinwesen herrschenden *Rechtsüberzeugung*.

So treten Staatsgewalt und Schiedsrichterthum in ein Verhältniß, um eine gesicherte Rechtspflege zu erzeugen: jene tritt in den Bund ein mit der Macht, zu befehlen und zu zwingen, dieses mit der Kunde von dem im Volke lebenden Rechte; jene ordnet an, *daß* geurtheilt werde, und erzwingt, *was* geurtheilt ist, dieses findet in seiner eigenen Rechtsüberzeugung die den einzelnen Fall entscheidende Norm und damit das Urtheil.

Hiermit ist die natürliche Erklärung des Gegensatzes gegeben, den das deutsche Recht zwischen Richter und Urtheilsfinder und den das römische Recht zwischen jus und judicium aufstellt. Ursprung und Entwicklung des Gegensatzes sind gemeinsam; es ist daher auch der Gedanke, der dem Gegensatze dort wie hier zu Grunde liegt, der gleiche. Wie bei den Germanen der Richter dafür Sorge zu tragen hat, daß Recht gesprochen werde, und im einzelnen Falle durch seine Urtheilsfrage *befiehlt*, daß Urtheil gefunden werde von denen, die das Recht wissen, so ist auch die Thätigkeit des Staats-

Digitized by Google

beamten im römischen Prozeß nicht mehr und nicht weniger, als ein Befehl, ein „Machtspruch“ (Sohm), daß ein Vertreter der im Volke wohnenden Rechtsüberzeugung durch ein Urtheil, eine sententia, einen „Wahrspruch“, Zeugniß davon ablege, was im konkreten Falle Rechtens sei; dieses Zeugniß würde bleiben, was es an sich ist: ein Gutachten eines unparteiischen Dritten zur Belehrung und freiwilligen Benutzung für die Parteien, wenn es nicht durch den Machtspruch der Staatsgewalt zum zwingenden Gebot erhoben würde. Aber während im mittelalterlich-deutschen Prozesse der Machtspruch des Richters, äußerlich in Urtheilsfrage und Urtheilsausgabe gegliedert, die Urtheilsfindung begleitet*), geht der Machtbefehl des römischen Magistrats der Urtheilsfindung voran.

Diese Erscheinung liegt tiefbegründet in der Verschiedenheit der germanischen und römischen Anschauung von Recht und Staat. Den Germanen fehlt der objektive Maßstab für Freiheit und Recht des Einzelnen, das Recht ist ihnen eine ewige Ordnung, die nicht in positiver Satzung, sondern im Bewußtsein des Volkes lebt und daher nur von der Gesammtheit der Volksgenossen bezeugt und geschützt werden kann; die Staatsgewalt aber erscheint ihnen nur als die Befugniß, zu gebieten und zu verbieten, was nach dem Zeugniß Aller Recht oder Unrecht ist. Den Römern dagegen ist das Recht eine objektiv feststehende Norm, der Staat die Verkörperung des Rechts; Aufgabe der Staatsgewalt ist daher die Durchführung und der Schutz des Rechtes, folglich kann auch die Rechtsprechung nur bestehen in der Anwendung jener objektiven Normen auf den einzelnen Fall, der Staat aber kann nur diejenige Rechtsprechung, durch welche das von ihm anerkannte Recht zur Geltung gebracht wird, mit seinen Machtmitteln unterstützen. Die Staatsgewalt hat sich also von Fall zu Fall Sicherheit darüber zu verschaffen, daß in dem Urtheil des Richters in der That nur das vom Staate anerkannte Recht zum Ausdruck gelange. Das bereits gefundene Urtheil einer staatlichen Prüfung zu unterwerfen und auf diese Weise den Erfolg mühevoller und gewissenhafter Arbeit der Besten des Volkes in Frage zu stellen, hätte der Würde des römischen Bürgers schlecht entsprochen. Die staatliche Prüfung mußte der Urtheilsfällung also vorangehen, mithin konnte Gegenstand derselben

*) Vgl. über dies alles Bd. II Heft 1: Der mittelalterlich-deutsche Prozeß. §§ 4 5, 64.

Digitized by Google

nur das von den Parteien ausgesprochene Verlangen nach richterlicher Entscheidung ihres Rechtsstreites sein, und das Ende der staatlichen Untersuchung mußte die Antwort auf die den Staat allein interessirende Frage bilden: „Entspricht das Begehren der Parteien dem staatlich anerkannten Rechte?" Mit der Bejahung dieser Frage war die Sicherheit, die der Staat verlangte und die er zur Bedingung seines Eingreifens machte, gegeben; dann war es aber auch Pflicht des staatlichen Organes, die Urtheilsfindung anzuordnen, und Pflicht des berufenen Richters, der Anordnung Folge zu leisten. Damit war aber auch das Interesse des Staates an der Rechtsprechung erschöpft, die Amtsthätigkeit seines Vertreters beendet.

Damit ist die zeitliche Aufeinanderfolge und die äußerliche Trennung der dem Vertreter der Staatsgewalt und der dem Richter zugewiesenen Thätigkeit erklärt.

§ 4. Aus vorstehender Entwicklung ergiebt sich eine Reihe von Folgerungen.

1. Die Theilung des Verfahrens in zwei Abschnitte entspricht dem Gegensatze von Vollziehung und Urtheilsfindung.

2. Die Urtheilsfindung findet nur statt, wenn sie von der vollziehenden Gewalt angeordnet ist.

3. Diese Anordnung hängt von Bedingungen ab, deren Vorhandensein von einem Organe der Staatsgewalt im öffentlichen Interesse geprüft wird.

4. Die Prüfung der Prozeßbedingungen füllt den ersten Theil des Verfahrens, das jus, aus. Seine Aufgabe ist, festzustellen, ob unter den Parteien ein Rechtsstreit obwaltet, welcher der Entscheidung durch Richterspruch bedarf. Diese Feststellung kann aber nur dann in bejahendem Sinne getroffen werden, wenn unter den Parteien ein Streit obwaltet und wenn nach den vom Staate zu wahrenden Rechtsgrundsätzen die Erledigung dieses Streites durch Urtheil zulässig ist. Ein Streit ist nicht mehr vorhanden, wenn die Meinungsverschiedenheit der Parteien durch Willenserklärung derselben vor dem Magistrat beseitigt wird. Rechtlich unzulässig aber ist das judicium, das Verfahren vor dem Richter, dann, wenn das Urtheil in Folge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung ungültig sein würde, oder wenn die Parteien Ansprüche geltend machen, die sich auf das vom Staate anerkannte Recht nicht gründen lassen. Denn es liegt im öffentlichen Interesse, jede nichtige Rechtsprechung zu vermeiden und nur diejenigen Grund-

Digitized by Google

sätze zur Geltung kommen zu lassen, welche der Staat als Rechtsgrundsätze anerkennt.

5. Die Urtheiler sind deshalb bei der Rechtsprechung an die im Staatsinteresse für ihre Thätigkeit gesetzten Bedingungen gebunden, sind aber unabhängig, so weit es sich um die rechtliche Beurtheilung der ihnen von den Parteien vorgetragenen Thatsachen und um Würdigung der von ihnen geführten Beweise handelt.

6. Ist das Urtheil gefunden, so ist die Thätigkeit des aus dem Volke berufenen Richters beendet und damit der zweite Absatz des Verfahrens, das judicium, geschlossen. Es ist nun wieder Sache der vollziehenden Gewalt, das Urtheil, d. i. den Willen des Staates, zur Ausführung zu bringen.

§ 5. Während nun das Verfahren in judicio von der ältesten uns bekannten Zeit bis zur Aufhebung der Trennung des Verfahrens im wesentlichen das gleiche geblieben ist, hat sich schon um die Mitte des 3. Jahrhunderts in dem Verfahren in jure eine Wandlung vollzogen. Sie rührte nicht an der hergebrachten Anschauung über die Aufgabe der von der Staatsgewalt in jure vorzunehmenden Prüfung, war aber verursacht durch eine sich allmählig vollziehende Aenderung der Ansichten über das, was in den Geschäften des bürgerlichen Lebens als Rechtsnorm behandelt werden sollte.

Daß die Zwölftafelgesetzgebung einer mächtigen auf Fixirung des Rechtes abzielenden Volksbewegung ihre Entstehung verdankt, ist bekannt. Kein Wunder, wenn man in der unmittelbar folgenden Zeit an den Grundsätzen des geschriebenen Rechts mit ängstlicher Sorgfalt festhielt und jede auch noch so unbedeutende, durch die Analogie sogar gebotene Abweichung von dem Wortlaut des Gesetzes als eine Gefährdung der Rechtssicherheit fürchtete. Darum konnte man nur denjenigen Rechtsanspruch der Partei als bestehend, weil durch das Gesetz begründet, ansehen, der sich in die Worte des Gesetzes kleiden ließ. Aufgabe der Staatsbehörde im Civilprozeß war daher allein die Prüfung, ob die Parteien ihre Rechtsbehauptungen in den Gesetzesworten vortragen konnten. Denn konnten sie das, so war die Sicherheit gegeben, daß nur Gesetzesrecht, also nur das vom Staate anerkannte Recht, werde zur Geltung gebracht werden. Sache des Richters war es ja, zu prüfen, ob die von den Parteien zur Begründung ihrer Rechtsbehauptungen vorgetragenen Thatsachen wirklich unter den Wortlaut des Gesetzes fielen. Das judicium war

Digitized by Google

also anzuordnen, wenn die legis actio von Statten gegangen, d. h. wenn es den Parteien gelungen war, die gesetzlichen Bedingungen für die Urtheilsfindung zu erfüllen. Die Thätigkeit des Magistrats war bei der geringen Zahl und Einfachheit der leges eine einfache, ja fast mechanische, aber doch im Interesse der Wahrung des geschriebenen Rechtes außerordentlich wichtige.

Als aber nach der völligen Unterwerfung Italiens Rom immer mehr der Mittelpunkt eines ausgedehnten See- und Handelsverkehrs wurde, da konnten auch in den geschäftlichen Beziehungen der römischen Bürger untereinander die für einfachere Verhältnisse gegebenen Grundsätze des altnationalen Rechts nicht mehr die alleinige Richtschnur abgeben. Der täglich an Bedeutung zunehmende Geschäftsverkehr ließ Ansprüche entstehen und als gerechtfertigt erscheinen, die doch unmöglich auf die Worte einer lex gestützt und daher niemals durch richterliche Entscheidung festgestellt und vollstreckbar gemacht werden konnten. Da bot sich das jus edicendi der Magistrate als Mittel dar, zu einer Rechtsprechung zu gelangen, die den Anforderungen des Lebens wieder gerecht wurde. Kraft ihres imperium hatten die Jurisdiktionsmagistrate die Befugniß, nicht nur Verfügungen für den einzelnen Fall, sondern allgemeine Anordnungen zu treffen. Was auf Grund dieser Befugniß angeordnet wurde, galt als der Wille des Staates, aber nicht als Gesetz, weil die Gültigkeit des Edikts an die Amtsdauer desjenigen Beamten gebunden war, von dem es erlassen worden war. Wenn nun der Jurisdiktionsbeamte bei seinem Amtsantritt durch Edikt die Grundsätze veröffentlichte, die er bei Rechtsstreitigkeiten aus bestimmten Lebensverhältnissen als Entscheidungsnorm behandelt wissen wollte, so war damit für seine Amtsdauer vom Staate gewolltes Recht verkündet, und wenn dann thatsächlich ein Rechtsstreit vor ihn gebracht wurde, der nach jenen im Edikt verkündeten Grundsätzen entschieden werden konnte, so mußte seine Prüfung darüber, ob in dem von den Parteien begehrten judicium vom Staate anerkanntes Recht zur Geltung kommen würde, natürlich zu einem bejahenden Ergebniß führen. Allein da er durch die besondere Lage des einzelnen Falles bestimmt, die Anwendung des von ihm ausgesprochenen Grundsatzes erweitern oder einschränken durfte, so drängte sich von selbst die Nothwendigkeit auf, die vom Magistrat als maßgebend erachtete Entscheidungsnorm mit ihren etwaigen Einschränkungen und Abänderungen

Digitized by Google

in einem Schriftstück niederzulegen, das in die Gestalt eines an den Richter erlassenen Befehles gekleidet wurde, dessen Form also dem Wesen der magistratischen Thätigkeit vollkommen entsprach. Diese Urkunde hieß formula, von ihr heißt der mit ihr angeordnete Prozeß Formularprozeß.

Ob derselbe durch die lex Aebutia eingeführt oder nur als zulässig anerkannt worden ist, kann unerörtert bleiben. Jedenfalls hat die Umbildung des Legisaktionenprozesses in den Formularprozeß im dritten Jahrh. vor Chr. begonnen, sich allmählich vollzogen und unter Augustus insofern ihren Abschluß gefunden, als durch Gesetze aus seiner Regierungszeit (30 vor bis 14 nach Chr.) der Formularprozeß, von Ausnahmen abgesehen, die obligatorische und ordentliche Prozeßform wurde.

Welch unermeßlichen Einfluß durch ihn die Jurisdiktions-Magistrate auf die Entwicklung des materiellen Rechtes erlangten, bedarf keiner Auseinandersetzung. Für das Prozeßrecht bedeutete seine Einführung das Ende der Herrschaft des Formenzwanges.

§ 6. In den Quellen des römischen Rechts pflegt man das regelmäßige, ordentliche Prozeßverfahren der älteren Zeit den ordo judiciorum zu nennen. Dieses Wort will aber keineswegs den Prozeßgang als die geordnete Aufeinanderfolge von Parteien- und Richterhandlungen, sondern es will die geordnete Folge 2c. der einzelnen Prozesse bezeichnen. *)

Die Römer waren ursprünglich ein Volk von Bauern und Kriegern; zur Erledigung der Geschäfte des öffentlichen bürgerlichen Lebens blieb ihnen nur die Zeit, die nicht durch Kriegführung und Feldbestellung in Anspruch genommen war. In dieser Zeit kamen sie in Rom zusammen, dort wurden die Comitien abgehalten und die Rechtsstreitigkeiten der Bürger erledigt, sie entlehnte hiervon den Namen rerum actus, und die in derselben zusammentretende Versammlung der Bürger hieß conventus. Aus diesem conventus wurden die zu Richtern zu berufenden Personen genommen. Die Erledigung der Prozesse mußte also, auch wenn beide Parteien in Rom anwesend waren, bis zum Zusammentritt des conventus warten.

*) Hartmann-Ubbelohde: Der ordo judiciorum. 1886. S. 179 ff. Rudorff: röm. Rechtsgeschichte II § 2. Karlowa: röm. CP. zur Zeit der Legisaktionen. S. 252 ff.

Digitized by Google

Die Folge war, daß beim Beginn des rerum actus ein starker Andrang von rechtsuchenden Parteien stattfand, deren Interesse auf möglichst baldige Erledigung ihres Prozesses gerichtet war. Um jede ungerechte Bevorzugung auszuschließen, wurde nun die Reihenfolge der einzelnen in jure zu verhandelnden und demnächst den Richtern zu überweisenden Sachen durch das Loos festgestellt. Die Reihenfolge der Prozesse hieß dann ordo judiciorum. Jede Sache aber, deren Erledigung von dem conventus nicht abhing oder deren Verhandlungstag nicht durch das Loos bestimmt wurde, stand extra ordinem und war in diesem Sinne ein judicium extraordinarium.

Parteien, die nicht warten wollten oder nicht warten konnten, etwa weil ihnen der Ablauf einer kurzen Verjährungsfrist drohte, konnten sich über die Wahl eines Einzelrichters einigen (vergl. l. 2 pr. D. 4, 6). Dann war auch dieses judicium ein extraordinarium. Später, seit dem Beginn der Kaiserzeit, führten diesen letzteren Namen natürlich auch diejenigen Prozesse, die vom Magistrat allein verhandelt und entschieden, einem Richter überhaupt nicht überwiesen wurden. Da nun in dieser Zeit der rerum actus nicht mehr die alte Bedeutung hatte, so wurde die Bezeichnung extraordinäres Verfahren, cognitio extraordinaria, ausschließlich auf diejenigen Prozesse angewandt, bei denen eine Trennung des Verfahrens nicht stattfand.

---

2. Die einzelnen Behörden.

a. Die Magistrate.

§ 7. Wie bei den Germanen der Bann in den Heerbann und den Gerichtsbann zerfiel, so vereinigte bei den Römern das imperium die höchste militärische und bürgerliche Gewalt. Es stand ursprünglich kraft eigenen Rechtes den Königen zu und ging mit Vertreibung derselben auf die — anfangs Prätoren genannten — Konsuln über, denen es durch eine lex curiata de imperio für die Dauer ihres Amtes besonders übertragen wurde. Zu ihm gehörte, die gerichtsherrliche Gewalt, die jurisdictio, ohne daß die Eigenschaft derselben als eines ablösbaren Bestandtheiles der höchsten Amtsgewalt zu klarem Bewußtsein gekommen wäre. Das geschah erst, als in Folge der Licinischen Gesetze (367 vor

Digitized by Google

Chr.) das Konsulat den Plebejern zugänglich und in der Prätur ein neues anfangs patricisches Amt geschaffen wurde. Denn dem Prätor wurde die jurisdictio übertragen. Da derselbe aber nicht ausschließlich die jurisdictio erhielt, sondern neben derselben auch imperium besaß, so gelangte man zur Aufstellung des Gegensatzes von imperium merum und mixtum. Merum imperium ist nach den Worten Ulpians in l. 3 D. de jurisd. (2,1): habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur, also die Strafgerichtsbarkeit. Was den Prätoren gegeben wurde, war das mixtum imperium, quod jurisdictioni cohaeret (l. i. D. de off. ejus cui. mand. 1,21), cui etiam jurisdictio inest (l. 3 de jurisd. 2,1.) also eine die jurisdictio umfassende und mit ihr in Zusammenhang stehende Gewalt. Es ergiebt sich aus dieser Gegenüberstellung zugleich, daß jurisdictio nur Civilgerichtsbarkeit bedeutet; und in der That bezeichnete man den Inhalt der jurisdictio durch die drei in ihr enthaltenen Befugnisse: dare, dicere, addicere; das dare ist das dare judicem, d. h. die Befugniß, zur Entscheidung eines Rechtsstreits einen Richter zu bestellen, das dicere ist das dicere jus, d. h. nicht etwa die Rechtsprechung selbst, sondern die Sorge, daß in jedem einzelnen Falle das vom Staat anerkannte Recht angewandt werde, und das addicere ist das addicere rem, d. h. die Ausführung des richterlichen Urtheils. Es sind mit jenen drei Worten also die im Civilprozeß zu übenden Funktionen des Magistrats gekennzeichnet. Gleichwohl enthielt die jurisdictio auch die Mitwirkung bei der sog. jurisdictio voluntaria. Denn unter der Herrschaft des Legisaktionen- und des Formularprozesses bethätigte sich die Vornahme von Rechtsgeschäften vor dem Prätor in der Form eines Scheinprozesses. Jener Theil des imperium aber, der sich in der Amtsgewalt des Prätors noch neben der jurisdictio befand, befugte zu Anordnungen, welche zwar ebenso wie der Civilprozeß dem Privatrechte dienten, aber unmittelbar an die Parteien gerichtet, diese zu bestimmtem Handeln ermächtigten oder zu bestimmtem Handeln verpflichteten. Es gehörte hierher die missio in bona, die restitutio in integrum, die Anordnung, eine sog. prätorische Stipulation einzugehen, der Erlaß von Interdikten. Irrig aber würde es sein, innerhalb der Machtbefugnisse des Prätors einen Gegensatz zwischen imperium und jurisdictio annehmen zu wollen. Wie sich aus den oben angeführten Worten Ulpians: cui etiam jurisdictio inest,

Digitized by Google

hat der Prätor die jurisdictio nicht als zweite, selbständige Amtsgewalt übertragen erhalten; er hat vielmehr die jurisdictio kraft des ihm verliehenen imperium und weil er einen Zweig des imperium ausübt. Es folgt hieraus, daß die jurisdictio nicht von anderer rechtlicher Natur sein kann als das imperium, daß insbesondere in ihr nicht die Befugniß liegt, Entscheidungen zu fällen, daß auch sie vielmehr nur eine mit bestimmtem Inhalt ausgestattete Befehlsgewalt ist. Dies festzuhalten ist von größter Wichtigkeit für die Beurtheilung namentlich der formula.

§ 8. Was die einzelnen Jurisdiktionsmagistrate anlangt, so ist zuerst im Jahre 367 vor Chr. das Amt des praetor urbanus, im Jahre 247 das des praetor peregrinus geschaffen worden. Der erstere hatte die Gerichtsbarkeit, wenn beide Parteien römische Bürger waren (qui inter cives jus dicit), der letztere, wenn ein römischer Bürger und ein Peregrine einander als Parteien gegenüberstanden (qui inter cives et peregrinos jus dicit). Die Zahl der Prätoren wurde zwar später wiederholt vermehrt (227 auf 4, 197 auf 6) unter Sulla auf 8, unter Cäsar auf 16), es blieben jedoch in Rom nach wie vor nur zwei derselben, während den andern die Verwaltung einer Provinz übertragen wurde.

Zugleich mit dem Amte der Prätoren (367) wurde das der curulischen Aedilen geschaffen. Diesen wurde die Ueberwachung des Marktverkehrs und die Sicherheitspolizei, hiermit aber eine auf Marktsachen und Entschädigungsprozesse wegen des Haltens gefährlicher Thiere an allgemein zugänglichen Orten beschränkte jurisdictio übertragen. Wie die Prätoren, so hatten auch sie das jus edicendi.

In den italischen und den außeritalischen Bürgerstädten (municipia, coloniae) übten deren eigene Magistrate die Jurisdiktion aus. Seit dem Erlaß der lex Rubria de Gallia cisalpina (49 vor Chr.) und der lex Julia municipalis (45 vor Chr.) waren hier mit der Jurisdiktion verschiedene Behörden betraut: quatuorviri, duoviri juri dicundo. Ob diese Behörden nur die reine jurisdictio oder auch das imperium besaßen, ist unbekannt, jedenfalls war ihre Gerichtsbarkeit nach der lex Rubria auf Prozesse über Objekte bis zu 15000 Sesterzen beschränkt. Ueberall, wo ihre Machtbefugnisse versagten, trat der Prätor oder der Provinzialstatthalter ein.

In den Provinzen wurde die Gerichtsbarkeit von den Statthaltern gehandhabt. Doch war es üblich, den legati

Digitized by Google

proconsulis die streitige Civilgerichtsbarkeit zu übertragen (zu mandiren). Neben diesen verwalteten die Quästoren diejenige Gerichtsbarkeit, die in Rom die Aedilen besaßen.

§ 9. Je größer die Anforderungen wurden, welche die Handhabung der jurisdictio an die Rechtskenntnisse des Magistrats stellten, desto mehr befestigte sich die Sitte, daß sich die Magistrate mit rechtsgelehrten Beisitzern umgaben.*) Diese Beisitzer (assessores) waren nicht staatliche Beamte, sondern Privatgehilfen des Magistrats, dem sie beistanden, sie hatten deshalb einen bestimmenden Einfluß auf die Handhabung der Jurisdiktion nicht, sondern waren auf die bloße Berathung des mit eigener Verantwortlichkeit handelnden Beamten beschränkt.

b. Die Gerichte.

aa. Die ständigen.

§ 10. Das Centumviralgericht.**)

Das Centumviralgericht ist jedenfalls gleichzeitig mit dem Decemviralgericht, und zwar bald nach dem Jahre 513 der Stadt d. h. nicht lange nach Schaffung der praetura peregrina, errichtet worden. Auch die Zeit seines Unterganges steht nicht fest. Justinian thut desselben (l. 12 pr. C. de her. pet. 3, 31) als einer nicht mehr bestehenden Einrichtung Erwähnung, doch muß es noch am Ende des 4. Jahrhunderts nach Chr. bestanden haben.

Das Gericht wurde ursprünglich in der Weise gebildet, daß aus jeder der 35 Tribus drei Richter gewählt wurden. Es zählte also 105 Mitglieder. Diese Zahl wurde später, jedenfalls unter Augustus, auf 180 erhöht. Ob die 105 Mitglieder der älteren Zeit in jedem Falle als ein einziges und einheitliches Kollegium aufgetreten sein mögen, ist nicht bekannt, aber kaum anzunehmen; unter den Kaisern bestand das Gericht aus vier Abtheilungen, deren jede unter dem Vorsitze eines der decemviri einen besonderen Gerichtshof bildete. Die Abtheilungen traten, wenn unter denselben oder verschiedenen Parteien Prozesse von gleichem oder im wesent-

*) Cicero de orat. 1, 37. Sueton. Claudius 12, Tiberius 33 Baron § 185.

**) Puchta § 153. Keller C.-P. § 6. Baron § 182 II. Hartmann-Ubbelohde I. S. 298 ff. Wlassak Prozeßgesetze S. 127 ff. 201 ff.

Digitized by Google

lichen gleichem Sachverhalte anhängig waren, zur Anhörung der Parteivorträge und der Beweisverhandlungen zu einem Gerichtshof zusammen, alsdann aber zur Berathung und Entscheidung der einzelnen Prozesse wieder auseinander.*)

Ueber die Zuständigkeit des Gerichtshofes sind die Ansichten getheilt. Sicher ist nur, daß Eigenthums- und Erbschaftsprozesse vom Centumviralgericht entschieden wurden, aber es ist nicht anzunehmen, daß dasselbe für diese Prozesse und für alle Prozesse dieser Art ausschließlich zuständig gewesen wäre. Es ist vielmehr sehr wahrscheinlich, daß die Centumvirn eine gegenüber anderen Richtern konkurrirende Gerichtsbarkeit besessen haben, gewiß aber nur in bedeutenderen Sachen angerufen worden sein mögen.**)

Als Symbol des Gerichtshofes diente die hasta, nach Gajus (inst. IV, 16) das Zeichen civilrechtlichen Eigenthums. Der Ausdruck hastae praeesse bezeichnet den Vorsitz im Centumviralgericht, und die Worte cogere hastam, welche von den Decemvirn gebraucht werden, bedeuten die Einberufung der Centumvirn zur Sitzung.

§ 11. Die Decemvirn.***)

Noch schlechter unterrichtet sind wir über Alter und Zuständigkeit des Decemviralgerichtes. Zwar spricht schon die im Jahre 305 der Stadt (449 v. Chr.) erlassene Lex Horatia von decemviris. Allein dieses Institut ist, wie mit Sicherheit angenommen werden kann†), nicht identisch mit denjenigen decemviris litibus judicandis, von denen der Jurist Pomponius in l. 2 § 29 D. de O. J. 1, 2 berichtet. Diese letzteren sind vielmehr ein etwa gleichzeitig mit dem Centumviralgericht geschaffenes ständiges Geschworenenkollegium. Sie richteten früher denn auch in Freiheitsprozessen und haben in diesen vermuthlich eine gegenüber den Rekuperatoren konkurrirende Gerichtsbarkeit besessen. Durch Augustus wurde ihnen der Vorsitz in den einzelnen Abtheilungen des Centumviralgerichts

*) Die Bezeichnung Centumviri ist eine nur durch die Bequemlichkeit gebotene. Festus verb. centumviralia. . . et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur centumviri sunt dicti. Varro de re rust. 2, 1.

**) So Wlassak a. a. O.

***) Puchta J. § 153. Keller C.-P. § 5. Baron § 182 I. Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 298 ff. Wlassak Prozeßgesetze S. 131 ff. Bethmann-Hollweg I § 23.

†) Siehe Wlassak a. a. O. S. 139 ff.

Digitized by Google

übertragen.*) Seit dieser Zeit verschwinden sie als selbstständige Richter und sind sicher mit dem Centumviralgericht selbst untergegangen.

bb. Die nichtständigen Gerichte.

§ 12. Schon die Zeit des Legisaktionenprozesses kennt neben den ständigen Richterkollegien Gerichte, die lediglich zur Entscheidung eines einzelnen bestimmten Falles bestellt wurden. Es sind dies der unus judex, der arbiter oder die arbitri sowie die Rekuperatoren.

1. Die Einrichtung des unus judex hat jedenfalls schon vor der lex Pinaria (im 5. oder 4. Jahrh. vor Chr.) bestanden,**) und daß sie sich bewährt haben muß, geht daraus hervor, daß durch die lex Silia und die lex Calpurnia für alle diejenigen Sachen, welche in Form der legis actio per condictionem verhandelt wurden, die Bestellung eines Einzelrichters vorgeschrieben wurde. Dieser unus judex ist bei Ausübung seines Amtes regelmäßig von einem Beirath (consilium) umgeben, entscheidende Stimme aber hat er allein.

Neben ihm und zuweilen gleichbedeutend mit judex wird der arbiter oder ein Kollegium von arbitri genannt. Auch diese sind Richter, die für den einzelnen Fall berufen werden. Beide, sowohl der judex als der arbiter, werden vom Magistrat bestellt. Der arbiter in diesem Sinne darf daher nicht mit dem Schiedsrichter verwechselt werden, der seine Berufung einem unter den Parteien geschlossenen Vertrage (compromissum) verdankt und sein Recht zur Entscheidung des Prozesses aus der Hand der Parteien durch einen von ihm mit diesen geschlossenen Vertrage (receptum) empfängt. Die obrigkeitliche Bestellung verleiht vielmehr auch dem vom arbiter gethanen Spruche staatliche Autorität.

Jedenfalls aber sind ursprünglich die arbitri aus der Wahl der Parteien hervorgegangen.***) Die Mitwirkung des Magistrates bei ihrer Ernennung beschränkte sich demnach auf die Prüfung der Frage, ob die Wahl auf eine zur Ausübung

*) Pomponius. l. cit.: Deinde quum esset necessarius magistratus qui hastae praeesset, decemviri litibus judicandis sunt constituti. Suetonius Octavian. C. 36: Auctor et aliarum rerum fuit in quibus: — ut centumviralem hastam quam quaestura functi consuerant cogere, decemviri cogerent.

**) Gaji inst. IV, 15. Wlassak Prozeßgesetze I, S. 132—134.

***) Hartmann-Ubbelohde Ordo S. 264 ff.

Digitized by Google

des Richteramtes an sich fähige Person gefallen sei, und auf die Bestätigung der Wahl im Falle der Bejahung dieser Frage. Die Wahl eines arbiter erfolgte aber in allen denjenigen Fällen, in denen es weniger auf die einfache Anwendung strenger Rechtsgrundsätze als vielmehr auf die Ordnung eines in Verwirrung und Unklarheit gerathenen Rechtsverhältnisses ankam. Der arbiter nahm daher gegenüber dem judex, der auf die Individualität des konkreten Falles nicht eingehen konnte, die ihm vorgelegte Rechtsfrage vielmehr mit Ja oder Nein beantworten mußte, eine freiere Stellung ein.*) Da nun die Parteien innerhalb der zum Richteramt fähigen Personen den arbiter frei wählen durften, so hatten sie einmal den Vortheil, daß sie ihre Wahl auf einen durch seine besonderen persönlichen Eigenschaften zur Entscheidung gerade dieses Prozesses besonders geeigneten Mann richten konnten, und ferner den, daß sie nicht an die Zeit gebunden waren, innerhalb deren die zu judices bestimmten Personen anwesend sein mußten.

Es kann indessen nicht ausgeblieben sein, daß bei dem Mangel einer Einigung der Parteien der Prätor einen arbiter nach eigenem Ermessen bestellt haben wird. Dies, sowie der Umstand, daß im Laufe der Zeit auch dem judex für zahlreiche Streitfälle eine freiere Stellung eingeräumt wurde, verwischte den Unterschied zwischen judex und arbiter derart, daß er schon den Juristen zu Ciceros Zeiten nicht mehr bewußt war.**) Der Gegensatz aber, der ursprünglich in der That bestand und festgehalten wurde, bewirkte denn auch eine Scheidung der Streitsachen danach, ob sie sich besser für den judex oder für den arbiter eigneten. So wurden durch die XII Tafeln die Theilungsklagen an die arbitri verwiesen,***) die actio aquae pluviae arcendae an zwei arbitri†), ferner gehören zu ihrer Zuständigkeit Klagen aus dem vormundschaftlichen, aus dem Gesellschaftsverhältniß, auf Rückgabe des Heirathsgutes und zahlreiche andere, durch welche nur die Lösung eines unstreitig vorhandenen Rechtsverhältnisses herbei-

*) Keller C.-P. § 7. Karlowa C.-P. z. Z. d. Legisakt. S. 54.
**) Cicero pro Murena c. 12, § 27. Hartmann a. a. O. S. 270. Bekker, Aktionen I, S. 234 ff. Baron Inst. S. 357, 358.
***) Cic. pro Caec. 7; de legibus 1, 21; top. 10, 43.
†) Cic. top. 9, 10.

Digitized by Google

geführt werden sollte. Der judex dagegen richtete vorzugsweise über die actio de certa credita pecunia.*)

2. Die Rekuperatorengerichte**) sind internationale, durch Staatsverträge zwischen Rom und befreundeten Staaten angeordnete Gerichte, welche über die zwischen Bürgern der verschiedenen Staaten bestehenden Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden haben. Reciperatio est, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque resque privatas inter se persequantur (Aelius Gallus bei Festus p. 274). Wie das Verfahren vor diesen Gerichten gestaltet war, ist nicht bekannt; wir wissen ferner nicht, ob und in welcher Weise dieses Gericht aus den Bürgern beider Staaten zusammengesetzt war. Jedenfalls bildete es ein Kollegium von drei oder fünf Richtern. Was ihm eine für den römischen Civilprozeß erhöhte Bedeutung verlieh, war der Umstand, daß es zu einer nationalrömischen Einrichtung gemacht und ihm eine ausgedehnte Gerichtsbarkeit in Prozessen unter römischen Bürgern gegeben wurde. Der Grund dieser Erscheinung liegt darin, daß das Verfahren vor dem Rekuperatorengericht mit Rücksicht auf die vor ihm als Parteien und Zeugen auftretenden Fremden beschleunigt wurde,***) und daß es sich daher für alle diejenigen einheimischen Prozesse empfahl, in denen eine rasche Entscheidung geboten war. Zu diesen Sachen gehörten zahlreiche Interdikte, insbesondere das interdictum de vi armata, eine Popularklage wegen Grenzverrückung und einzelne Statussachen, namentlich die Prozesse über Freiheit und Bürgerrecht.

§ 13. Nach altrömischer Auffassung sollte nur derjenige zum Richter bestellt werden, über dessen Ernennung die Parteien einig waren. Nannten sie also dem Prätor eine zur Ausübung des Richteramtes fähige Persönlichkeit, so war kein Grund, die Bestellung dieser Person zum Richter zu verweigern. Andernfalls kam die Einigung erst in dem Verfahren in jure selbst in der Weise zu Stande, daß der Kläger einen Richter vorschlug (judicem procare, später judicem ferre), der Beklagte ihn annahm (judicem sumere). Wollte der

*) Cic. pro Roscio com. 4, 5.

**) Karlowa C.-P. § 25, S. 218 ff. Keller. C.-P. § 8. Voigt: Die zwölf Tafeln, § 66. Baron Inst. S. 359.

***) Es sollten nicht mehr als zwanzig Zeugen vernommen und das Urtheil nach längstens zwanzig Tagen gefällt werden.

Digitized by Google

Beklagte den vorgeschlagenen Richter nicht annehmen, so hatte er die Ablehnung zu begründen oder, wenn er nur erklären konnte, daß er von diesem Richter ein gerechtes Urtheil nicht erwarte, diese seine Ueberzeugung eidlich zu bekräftigen. Später, vielleicht schon in der letzten Zeit der Republik, jedenfalls in der Kaiserzeit, trat mehr und mehr an die Stelle dieser Form der Wahl die Ausloosung des Richters (sortitio). Wer durch das Loos bestimmt und nicht von den Parteien abgelehnt war, wurde, wie früher derjenige, auf den sich die Parteien geeinigt hatten, vom Magistrat zum Richter ernannt und vereidigt (dare, addicere judicem).

In der Wahl eines arbiter waren die Parteien ursprünglich jedenfalls frei, während sie bei der Vereinbarung über die Person des judex an eine geschlossene Zahl bestimmter Personen gebunden waren.

Ueber die judices und arbitri stand dem Magistrat, der sie ernannt, ein Aufsichtsrecht zu: er konnte sie im Falle der Säumigkeit durch Zwangsmaßregeln zur Erfüllung ihrer Pflichten anhalten, sie auch wohl aus bestimmten Gründen ihres Amtes entheben. Damit steht in Verbindung nicht nur, daß der Magistrat dem Richter Rechtsbelehrungen, sondern auch, daß er über das einzuschlagende Verfahren bindende Anweisungen ertheilen konnte.

§ 14. Judicium legitimum und judicium, quod imperio continetur.

Der Aufstellung dieses Gegensatzes begegnen wir in Gajus IV 103—109. Definirt werden die legitima judicia daselbst (104) als diejenigen, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur. Jeder Prozeß, auf den eine dieser Voraussetzungen nicht zutrifft, ist imperio continens. Nach der Darstellung des Gajus hört das judicium imperio continens mit dem Abgange desjenigen Magistrates auf, welcher es angeordnet hatte, so daß der Richter seine Thätigkeit einzustellen hat, während das jud. legitimum nach der lex Julia judiciaria erst dann aufhört, wenn seit der Litiskontestation ein Jahr und sechs Monate verflossen sind. Ferner tritt, wenn im judicium legitimum eine actio in personam mit einer in jus civile gefaßten Schriftformel verhandelt wird, die Klagenconsumtion ipso jure ein, während wenn in einem

Digitized by Google

judicium quod imperio continetur verhandelt worden ist, und es wird später dieselbe Klage erhoben, die Consumtion der Klage durch exceptio (rei in judicium deductae oder judicatae) geltend gemacht werden muß.

Offenbar handelt es sich hier aber nur um die Wirkungen tiefer liegender Ursachen. Worin diese Ursachen bestanden und welches der geschichtliche Ursprung des Gegensatzes ist, hat Gajus aber nicht angegeben. Es sind daher eine Reihe von Hypothesen aufgestellt worden.*) Doch kann mit Gewißheit behauptet werden**), daß das Wort judicium erst für den Formularprozeß aufgekommen ist, während im älteren römischen Prozeß nicht blos die Klage, sondern das ganze Verfahren (legis) actio hieß, sie war das gesetzliche Verfahren schlechthin. Nach dem Erlaß der neuen Prozeßgesetze war nun gesetzliches Verfahren (judicium legitimum) nur dasjenige, welches sich vor dem durch diese Gesetze eingesetzten Gerichte und in den durch diese Gesetze geregelten Formen bewegte. In ihm war der Prätor nur Organ des Gesetzes; die lex stand über ihm und reichte über seine Machtbefugnisse hinaus, die Dauer des Verfahrens konnte daher von der Dauer der Amtsgewalt desjenigen Magistrates, der dasselbe angeordnet, nicht abhängig sein, und die Consumtion der Klage mußte kraft Gesetzes, nicht kraft amtsrechtlicher Gewalt des Prätors, eintreten. Jeder andere Prozeß beruhte auf der Amtsgewalt des Prätors und mußte daher mit dem Erlöschen dieser von selbst sein Ende finden.

II. Die Gerichtsverfassung der späteren Kaiserzeit.

§ 15. Schon im Beginn der Kaiserzeit war die Verhandlung und Entscheidung gewisser Rechtsstreitigkeiten ausschließlich in die Hand des Magistrates gelegt worden. Es handelte sich dabei um Ansprüche, deren Feststellung von der Berücksichtigung einer Reihe konkreter und individueller Thatumstände abhing. Das Verfahren war ein außergewöhnliches,

*) Keller: Litiskontestation und Urtheil 1827. § 12. Voigt: Zwölf Tafeln, § 55, Anm. 42. Dernburg in der Heidelberger krit. Ztschr. I, S. 470. Eisele: materielle Grundlage der exceptio 1871 S. 161 u. A. m.

**) So Wlassak: römische Prozeßgesetze. Leipzig 1888. (freilich nicht ohne Widerspruch, so z. B. Lotmar: krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31, S. 488.)

Digitized by Google

von dem regelmäßigen abweichendes, weil es nicht auf der Trennung von jus und judicium beruhte, und hieß extraordinaria cognitio. Im Laufe der Zeit gewann es an Ausdehnung, man gewöhnte sich, dasselbe als gleichberechtigtes Verfahren neben dem ordentlichen Prozeß zu betrachten, und machte es schließlich zum ordentlichen Prozesse, nicht durch Erlaß neuer Prozeßgesetze, sondern durch eine Umgestaltung der Gerichtsverfassung, indem Diokletian und Maximian im Jahre 294 nach Chr. die judicis datio beseitigten und den Provinzialstatthaltern befahlen, die bei ihnen anhängig gemachten Prozesse regelmäßig selbst zu verhandeln und zu entscheiden und nur im Falle von Geschäftsüberhäufung besondere Richter zu ernennen. Damit wurde die Trennung von jus und judicium, also auch der Gegensatz von Magistrat und Richter, aus der Gerichtsorganisation und dem Prozesse des römischen Reiches verdrängt.

Aber auch diese Aenderung der Gerichtsorganisation war nur die endliche Folge einer Wandlung, welche das zur Anwendung zu bringende materielle Recht durchgemacht hatte. So lange nämlich in dem jus edicendi die viva vox juris civilis lebendig erhalten wurde, bildete das Edikt immer nur eine dem Publikum gegebene Verheißung über die zur Geltung zu bringenden Rechtsgrundsätze. Recht wurden diese erst durch die Anwendung im einzelnen Falle. Kaiser Hadrian (117—138) aber hatte die bisher erlassenen und stets erneuerten Edikte (edicta tralaticia) durch den Juristen Salvius Julianus in ein System bringen lassen. Dieses nun perpetuum genannte edictum war der Aufhebung und Abänderung der Magistrate entzogen, denn es war Gesetz geworden. Die Thätigkeit der späteren Magistrate war nun nicht mehr eine in jedem Falle sich erneuernde Rechtsschöpfung, sondern sie war, soweit das Edikt reichte, eine bloße Rechtsanwendung. Der Erlaß neuer Edikte nahm mehr und mehr ab, das anzuwendende Recht war fast ausschließlich Gesetzesrecht. Es war daher die Veranlassung fortgefallen, den Richter in jedem einzelnen Falle über die von ihm zur Anwendung zu bringenden Grundsätze zu unterrichten, es war einfacher, den Magistrat, der nichts weiter hätte thun können, als was auch der Richter thun mußte: das feststehende Gesetz auf den einzelnen Streitfall anzuwenden, auch mit der Entscheidung der Sache zu betrauen, und einen höheren Beamten als Wächter darüber zu bestellen daß nur das Gesetzesrecht, nur das vom Staate gewollte Recht,

Digitized by Google

zur Geltung komme. Hieraus ergab sich zugleich die Nothwendigkeit der Einführung von Rechtsmitteln und die Einrichtung höherer Instanzen.

§ 16. Die Jurisdiktion*) war, wie früher, ein Attribut der höchsten Gewalt im Staate, jetzt also der Gewalt des Kaisers.

Derselbe handhabt die Rechtspflege aber entweder in eigener Person oder er läßt sie von angestellten Beamten oder besonders beauftragten Personen in seinem Namen üben.

§ 17.**) Der Kaiser handhabt die Civilrechtspflege persönlich, wenn in Folge der Supplikation, der Relation oder Appellation seine Entscheidung begehrt wird. Er pflegt dabei von dem consilium principis berathen zu werden, die Entscheidung trifft er selbst. Sein Verhältniß zur Rechtspflege ist also von dem des deutschen Königs in derselben Weise verschieden, wie der römische und der mittelalterlich-deutsche Richter sich von einander unterscheiden.***)

§ 18. Was die im Namen des Kaisers die Gerichtsbarkeit übenden Beamten anlangt, so bezeichnet man sie jetzt nicht mehr mit dem Worte magistratus. Dieses Wort dient nur noch zur Bezeichnung von Gemeindebeamten, dagegen wird für die Jurisdiktionsbeamten der Name judices allgemein. Diese sind entweder ständige oder nicht ständige Richter, je nachdem sie kraft kaiserlicher Ernennung zur Entscheidung aller an sie gelangenden, zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Rechtsstreitigkeiten berufen oder für einen einzelnen bestimmten Fall besonders bestellt waren.

1. Die ständigen Richter sind entweder judices ordinarii oder judices sacri.

Judices ordinarii†) sind die Richter erster Instanz, es sind die rectores provinciarum. Sie haben volle jurisdictio und erkennen in erster Instanz in allen Civilprozessen über Streitgegenstände von höherem Werthe und in den Civilprozessen der sog. eximirten Personen, d. h. der Stadtgemeinden

*) Rudorff: Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. §11. Puchta: § 183.
**) v. Bethmann-Hollweg: Handbuch I, § 38. Civilproceß III, § 164. Puchta § 178. Ueber die richterliche Thätigkeit des Kaisers wird an den betreffenden Stellen ausführlicher gesprochen werden.
***) S. den mittelalterlich-deutschen Prozeß §§ 5, 16.
†) v. Bethmann-Hollweg: Civilpr. III. § 131.

Digitized by Google

und der in der Provinz ansässigen Senatoren, in zweiter Instanz in den geringfügigen Sachen, welche in erster Instanz von den Magistraten oder Defensoren entschieden werden. Das Gericht wird abgehalten in der Metropole der Provinz.

Zu den judices sacri gehören vor allem der praefectus praetorio und sein Stellvertreter (Vicarius). Diese Präfekten, seit Diokletian vier an Zahl, waren die höchsten Reichsbeamten innerhalb der ihnen überwiesenen örtlich begrenzten Präfektur. Sie erkennen in zweiter Instanz auf Appellation gegen die Urtheile der judices ordinarii, sie können aber auch gleich dem Kaiser Sachen zur Entscheidung in erster Instanz annehmen. Da sie aber vollständig die höchste Gerichtsbarkeit des Kaisers ausüben (vice sacra, daher der Name judices sacri), so findet von ihren Urtheilen eine Appellation nicht mehr statt. Die Rechtsmittel der Supplikation und Restitution gegen Urtheile der Präfekten führen zu einer nochmaligen Entscheidung desselben Präfekten, dessen Urtheil angefochten war. Dagegen ist die Appellation gegen Urtheile der Vikarien gestattet, sie geht unmittelbar an den Kaiser. Durch Justinian wurden ihre Urtheile in Sachen unter zehn Pfund Gold für inappellabel erklärt.

In der ersten Kaiserzeit hatten die Prätoren ihre frühere Jurisdiktion behalten. Im Laufe der Zeit aber trat hierin eine völlige Aenderung ein. Der praetor peregrinus fiel weg, als Kaiser Caracalla das Bürgerrecht verallgemeinerte, und die Jurisdiktion des praetor urbanus ging allmählich auf den praefectus urbi über. Unter Justinian hatte der praetor urbanus nur noch die Entscheidung in Freiheitsprozessen und in Wiedereinsetzungssachen, ferner die freiwillige Gerichtsbarkeit, die Bestellung von Tutoren und Curatoren und die Genehmigung zur Veräußerung von Mündelgrundstücken. Judex ordinarius für Rom war vielmehr, wie schon angedeutet, der praefectus urbi geworden. Von seinen Urtheilen wird an den Kaiser appellirt; der praefectus praetorio Italiae hat mit ihm konkurrirende Gerichtsbarkeit. *)

In den Municipalstädten erhielt sich die Jurisdiktion ihrer eigenen Behörden, jetzt Magistrate schlechthin genannt. Seit dem 4. Jahrhundert kam für geringere Sachen ein sog. defensor civitatis hinzu.

*) Die Einzelheiten dieser complicirten, häufig geänderten Verfassung und Competenz haben kein Interesse.

Digitized by Google

2. Diesen Beamten stehen die für einzelne Fälle bestellten Richter gegenüber. Sie üben die Jurisdiktion kraft besonderen Auftrages, und zwar sind wieder zu unterscheiden die vom Kaiser und die von kaiserlichen Beamten bestellten Richter, jurisdictio delegata und jurisdictio mandata.

Der vom Kaiser delegirte Richter stand innerhalb der Grenzen der regelmäßig für einen bestimmten Prozeß ertheilten Delegation dem kaiserlichen Beamten völlig gleich. An bestimmte Personenklassen war der Kaiser bei der Auswahl des Richters nicht gebunden, er konnte daher auch einen seiner an sich nicht mit Jurisdiktion oder nicht mit dieser Jurisdiktion versehenen Beamten delegiren. Die Wahl wird indeß regelmäßig auf Personen gefallen sein, die des Rechtes kundig waren. Es geht dies insbesondere daraus hervor, daß sich in Constantinopel besondere Richterkollegien eigens zu diesem Zwecke bildeten und Justinian (Nov. 82. c. 2) erklärte, daß er seine Kommissarien aus denselben nehmen werde. Der vom Kaiser bestellte Richter kann weiter delegiren.

Diese letztere Befugniß fehlte den von kaiserlichen Beamten bestellten Richtern. Eine besondere Klasse derselben bilden die judices pedanei. Diokletian hatte den Provinzialstatthaltern die Befugniß ertheilt, im Falle starker Ueberlastung mit Amtsgeschäften die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten besonderen, von ihnen ernannten Richtern zu übertragen. Diese Richter wurden judices pedanei genannt. Julian gestattete im Jahre 362 (l. 5 C. de ped. jud. 3, 3) die Ernennung von judices pedanei für alle geringfügigeren Sachen. Dieselben wurden aus den Corporationen der Advokaten oder aus besonderen kaiserlichen Richterlisten gewählt, in welche jedenfalls nur rechtskundige Personen aufgenommen wurden.

§ 19. Daß die mit der Handhabung der Jurisdiktion betrauten Beamten und die nicht ständigen Richter Rechtskenntnisse besäßen, bildete keine gesetzliche Voraussetzung für ihre Ernennung. Die in den Rechtsschulen erworbene Rechtsgelehrsamkeit gewann aber eine sich steigernde Bedeutung für die Handhabung der Jurisdiktion. Die Zuziehung eines consilium (§ 9) oder auch nur eines einzigen assessor wurde daher zu einer ständigen Einrichtung.*) Der Beisitzer ist jetzt ein vom Richter gewählter, gleichwohl aber kaiserlicher, besoldeter Beamter. Er hat den Gerichtssitzungen beizuwohnen

*) v. Bethmann-Hollweg III. § 141.

Digitized by Google

und mit eigener Verantwortlichkeit den Richter zu berathen; auch wurde es üblich, daß ihm einzelne Geschäfte wie die Abfassung schriftlicher Verfügungen und die Abhaltung einzelner Termine, in denen nicht das Urtheil zu fällen war, übertragen wurde. Es konnte daher geschehen, daß der Richter auf das, was zu allen Zeiten die wesentliche Eigenschaft des Richters bildete, nämlich auf den prozeßentscheidenden Ausspruch, beschränkt blieb. *)

§ 20. Jeder Jurisdiktions-Beamte hat sein officium **) d. h. eine Anzahl von Subaltern- und Unterbeamten, welche vom Kaiser angestellt und von dem Magistrat in die einzelnen Abtheilungen (Kanzleien, scrinia) vertheilt wurden. Ihnen liegt im Allgemeinen die Aufzeichnung der vor dem Magistrat verhandelten Angelegenheiten und die Ausführung der Befehle des Magistrats ob. Sie hatten aber auch die Verpflichtung, darüber zu wachen, daß gesetz- und pflichtmäßig verfahren werde, und ihre Mitwirkung bei ungesetzlichen Maßregeln zu versagen. Für den Civilprozeß ist der wichtigste Beamte der Ab actis und seine adjutores. Ihm liegt die Protokollirung der gerichtlichen Verhandlungen und die Führung von Registern (regesta quotidiana) ob, nämlich eines Tagebuches, in welches die an jedem Tage vorgenommenen gerichtlichen Geschäfte in chronologischer Folge auszugsweise eingetragen wurden. Hierzu kamen eine Reihe von Personen, die untergeordnete Dienste zu leisten hatten, die apparitores, nomenclatores, viatores (Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte, Aufrufer, Boten u. A.)

§. 21. In die römische Kaiserzeit zurück reichen auch die Anfänge einer geistlichen Gerichtsbarkeit. ***) Schon im ersten Korintherbriefe (cap. 6, 1—6) ist die Mahnung an die Christen ausgesprochen, ihre Rechtshändel von einem aus ihrer Mitte gewählten Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Diese Sitte erhielt durch Konstantin gesetzliche Anerkennung, er ließ sogar die Uebertragung einer beim weltlichen Gericht schon anhängigen Sache auf das geistliche Gericht des Bischofs zu, wenn auch nur eine Partei einen dahingehenden Antrag stellte. Damit war die Gerichtsbarkeit des Bischofs zu einer staatlich anerkannten Rechtsschutzeinrichtung geworden. Honorius

*) S. Allg. Theil. § 6.

**) S. die ausführliche Darstellung bei v. Bethmann-Hollweg Civilprozeß III, § 142.

***) v. Bethmann-Hollweg Civilprozeß III, § 139. E. Löning: Geschichte des deutschen Kirchenrechts, Bd. I., S. 252 ff. Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts. 8. Auflage (1886), S. 742 ff. Zorn: Lehrbuch des Kirchenrechts 1888. S. 33 f.

Digitized by Google

aber nahm ihr durch ein Gesetz vom Jahre 398 diese Eigenschaft wieder, indem er die Anrufung des Bischofs nur im Falle des Schiedsvertrages gestattete. Dieses an und für sich vorhandene Recht der Parteien erkannte Valentinian III. im Jahre 452 nochmals an. Den Klerikern aber wurde zuerst durch Konciliensschlüsse (397 und 451), dann durch Gesetze Justinians (Nov. 79. 83. 123 c. 8. 21—23) die Anrufung des bischöflichen Gerichtes zur Pflicht gemacht. Die Bischöfe selbst hatten ihren Gerichtsstand vor dem Metropoliten oder der Synode, auch brauchte kein Bischof vor dem weltlichen Gericht Zeugniß abzulegen.

Digitized by Google

B. Der Prozeß.

I. Die geschichtliche Entwicklung des römischen Civilprozesses.

A. Die Zeit der Trennung von jus und judicium.

I. Der Legisaktionenprozeß.

a. Begriff und Wesen der Legisaktio. (Spruchformel.)*)

§ 22. Lege agere heißt wörtlich: mittelst des Gesetzes handeln und bezeichnet bei der besonderen Bedeutung des Wortes agere die mittelst des Gesetzes erfolgende Geltendmachung von Rechten. Damit ist das älteste römische Prozeßverfahren charakterisirt: wer ein Recht verfolgt, handelt nicht selbst und läßt auch nicht eine vom Staate eingesetzte Behörde an seiner Statt handeln, er läßt einzig und allein das Gesetz für sich reden. Des Gesetzes als Mittels der Rechtsverfolgung kann sich aber nur derjenige bedienen, der sich auf das Gesetz berufen kann. Auf das Gesetz berufen kann sich wiederum nur der, der ein durch Gesetz gewährtes Recht und der dieses Recht in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form verfolgt. So ergeben sich denn für das Wort legisactio zwei Bedeutungen:

a) die des vom Gesetz gegebenen Anspruchs,

b) die des vom Gesetz gewährten Verfahrens.

§ 23. Der Grund für das Verständniß der legis actio im erstgenannten Sinne ist oben mit der Bemerkung gelegt worden, daß der Einzelne nur dem vom Staate anerkannten Rechte unterworfen sein sollte. Dieses Recht war in den

*) S. besonders v. Jhering: Geist 2c. II, § 47. Schultze: Privatr. und Prozeß, S. 439 ff. Karlowa: Cp. z. Z. der Legisakt., S. 1 ff. Demelius: Die Confessio im röm. Cp. Graz 1880. S. 42 ff.

Digitized by Google

XII Tafeln und etwaigen späteren leges beurkundet. Die Anwendung anderer als dieser Rechtsgrundsätze mußte nach den Vorgängen, die zur Zwölftafelgesetzgebung geführt hatten, als ein Bruch des geheiligten Rechtes, und als Vergewaltigung des Einzelnen, gegen den jenes Un-Recht zur Geltung gebracht werden sollte, empfunden werden. Um nun aber jede Abweichung vom Gesetzesrecht sofort erkennbar und unmöglich zu machen, klammerte man sich an den Buchstaben des Gesetzes und verlangte die Einkleidung des Rechtsanspruches in die Worte des Gesetzes. Nur wer im Stande war, seinen Anspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes zu begründen, dem stand das Gesetz zur Seite; wer hierzu nicht im Stande war, hatte einen gesetzlich geschützten Anspruch nicht, sei es, daß er statt des vom Gesetze gebrauchten Wortes ein anderes hätte brauchen müssen oder daß er Worte der Gesetze weglassen oder daß er einen Zusatz machen mußte.*) Ein treffliches Beispiel hat Gajus **) überliefert. Es wollte Jemand auf Grund der Bestimmung der zwölf Tafeln, in welcher de arboribus succisis die Rede war, Klage erheben, sprach aber nicht von arbores, sondern von vites (Weinreben) und verlor deshalb den Prozeß, obwohl die vites unzweifelhaft unter die arbores der zwölf Tafeln fielen, blos weil er ein anderes als das im Gesetze enthaltene Wort gebraucht hatte.

Wie im mittelalterlich-deutschen Prozeß, bestand die Geltendmachung eines Anspruches also nicht in der Erzählung von Thatsachen, sondern in der von der Partei formulirten Rechtsbehauptung. Während der Germane aber in der Subsumtion des thatsächlichen Verhältnisses unter die Rechtsnorm seiner eigenen Rechtsüberzeugung folgte, die ihm sagte, was Recht und Unrecht sei, folgte der Römer dem geschriebenen Gesetz; und während der Germane, indem er über seine Rechtsbehauptung um ein Urtheil bat, feststellen wollte, ob seine Rechtsüberzeugung mit der seiner Gemeindegenossen übereinstimme und also Recht sei, machte der Römer das über Alle herrschende Gesetz zum Prüfstein der Rechtmäßigkeit und zum Werkzeug seines Willens.

§ 24. Einen Anspruch als einen vom Gesetze gewährten zu erkennen und ihn in den Worten des Gesetzes vorzutragen, unterliegt überall da keiner erheblichen Schwierigkeit, wo der

*) Fragm. Vaticana § 318.
**) IV. 11.

Digitized by Google

vom Gesetze vorgestellte Fall gegeben ist. Sobald es sich aber um analoge Anwendung des Gesetzes auf ähnliche Fälle handelt und die Frage erörtert werden muß, ob das Gesetz eine einschränkende oder ausdehnende Interpretation zuläßt, beginnt die Schwierigkeit der Rechtsanwendung. So mußte denn die älteste Rechtswissenschaft ihre Aufgabe darin erblicken, neue legis actiones zu formuliren (componere) *) d. h. zu zeigen, wie die lex analog auf thatsächliche Verhältnisse verschiedener Art angewandt werden dürfe, wie man also aus solchen Verhältnissen hergeleitete Ansprüche unter das Gesetz bringen könne. Die Pflege dieser Wissenschaft lag in der Hand der Priester, die im Interesse der Erhaltung ihres althergebrachten Einflusses auf die Rechtspflege die Ergebnisse ihrer rechtswissenschaftlichen Thätigkeit als eine ihren Stand auszeichnende Kunde geheimgehalten haben mögen. Um das Jahr 300 vor Chr. aber wurde ein von dem Pontifex Appius Claudius verfaßtes Werk, das sicherlich ein Formularbuch für gerichtliche Klagen enthielt, veröffentlicht, und etwa 40 Jahre später (252) wurde zum ersten Male ein Plebejer, Tiberius Coruncanius, pontifex maximus. Von ihm wird berichtet, daß er primus jus civile publice profiteri coepit. Damit schwand der Einfluß der Priester auf das Recht und auf das Rechtsverfahren; die Sitte, daß ein Mitglied des Kollegiums der Pontifices alljährlich dazu bestellt wurde, den Rechtsuchenden Rath zu ertheilen, **) verlor sich, es war kein Hinderniß mehr vorhanden, die Fortbildung des weltlichen Rechtes ausschließlich weltlichen Händen anzuvertrauen.

§ 25. Legis actio bedeutet aber auch, wie oben (§ 22) angegeben, das vom Gesetz geregelte Verfahren. Daß sich dieses Verfahren in strengen, feierlichen Formen bewegte, ist leicht erklärlich: einer Zeit erst allmählich sich entwickelnder Kultur erscheint die Form als etwas Geheimnißvolles, mit zwingender Kraft Waltendes.***) Wer die Form nicht beobachtete, handelte gesetzlos und konnte einen rechtlichen Erfolg nicht erzielen.

Der ausgebildete Legisaktionenprozeß kennt fünf solcher Verfahrensformen, und zwar dienen die legis actio sacramento, die l. a. per judicis arbitrive postulationem und die l. a.

*) l. 2 § 6. D. de orig jur. 1, 2. (Pomponius).

**) Es erinnert dies an das Gesetzsprecheramt einiger germanischen Völker. S. mittelalterlich-deutschen Prozeß, § 4.

***) v. Ihering: Geist II, § 44. Siehe mittelalterlich-deutschen Prozeß § 54.

Digitized by Google

per condictionem der richterlichen Feststellung zweifelhafter oder streitiger Ansprüche, die l. a. per manus injectionem und die l. a. per pignoris capionem der exekutiven Durchführung feststehender Ansprüche.

b. Die einzelnen Legisaktionen.

1. Die legisactio sacramento. *)

§. 26. Sie bildet die regelmäßige Prozeßform, oder, wie Gajus (IV. 13) sie nennt, die actio generalis: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.

Ihre Eigenthümlichkeit besteht darin, daß die Parteien unter Gebrauch der Gesetzesworte ihre Rechtsbehauptungen aufstellen und daß darauf eine jede Partei eine Summe Geldes (die summa sacramenti) hinterlegt oder zu zahlen verspricht mit der Bestimmung, daß die Summe desjenigen, der in dem Prozesse unterliegen wird, dem Fiskus verfallen solle. Im judicium ist alsdann über die Frage zu entscheiden: utrius sacramentum justum, utrius injustum sit.

Worin das sacramentum bestanden habe, darüber hat von jeher Streit geherrscht. Auf der einen Seite steht die Annahme, das ganze Verfahren sei eine Wette, das sacramentum sei die Wettsumme, der Richter entscheide nur über die Frage, welche Partei Anspruch auf die Wettsumme habe. *) Eine Abschwächung dieser Ansicht spricht sich in der Auffassung aus, das sacramentum sei zwar eine Geldsumme, die Gegenstand des richterlichen Urtheiles sei, sie sei aber nicht Wettsumme, sondern eine Strafe für das Unterliegen **) oder ein den Göttern geweihtes Geldopfer ***). Auf der andern Seite erblickt man in dem sacramentum eine eidliche Erklärung, †) und Gegenstand der richterlichen Entscheidung sei die Frage nach der Wahrheit dieser Erklärung.

---

*) Keller: röm. C.-P., § 13. Bethmann-Hollweg I, S. 121 ff.

**) v. Jhering I, § 18a.

***) Stintzing: Verhältniß der l. a. sacramento zum Verfahren durch sponsio praejudicialis. 1853. S. 9 ff.

†) Danz: Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr, S. 151 ff. Karlowa: S. 14 ff. Schultze: a. a. O.

Digitized by Google

Sicher ist soviel, daß das Wort sacramentum auf eine religiöse Beziehung hindeutet, sicher ist aber ferner auch, daß das Wort sacramentum oder summa sacramenti nicht Wettsumme bedeuten kann, da auch nach altrömischer Anschauung die verlorene Wettsumme dem Gegner des Unterliegenden, nicht aber dem Fiskus, hätte zufallen müssen. Man dürfte aber nicht fehlgehen, wenn man in der l. a. sacramento, wie sie uns von Gajus überliefert ist, eine Schöpfung der pontifices findet. Der weitgehende Einfluß, den diese in ältester Zeit, auch in Angelegenheiten des bürgerlichen Rechts besaßen, machte sie vor der Ausbildung eines staatlichen Prozeßsystems zu ständigen Schiedsrichtern in den Streitigkeiten des alltäglichen Verkehrs. Im Interesse der Wahrung ihres Ansehens lag aber jedenfalls die Fernhaltung unbegründeter, auf bloßem Eigensinn und leerer Streitlust beruhender Meinungsverschiedenheiten. Dieser Gedanke führte dazu, die Ernstlichkeit der gegenseitigen Rechtsbehauptungen der Parteien einer Prüfung zu unterziehen, und suchte diesen Zweck dadurch zu erreichen, daß man von den Parteien eine zu gewissenhaftester Prüfung anspornende eidliche Betheuerung verlangte. Selbstverständlich konnte man in dieser Betheuerung nicht die eidliche Erhärtung der Wahrheit der vom Schwörenden aufgestellten Behauptung, sondern nur die Bekräftigung erblicken, daß die schwörende Partei von ihrem Rechte überzeugt sei. Der Eid hatte also dieselbe Bedeutung wie die im Anefangsverfahren des alten deutschen Rechts von beiden Parteien abgegebenen eidlichen Erklärungen. *) Ob man außer dem Eide noch die Niederlegung einer Geldsumme verlangte, kann dahinstehen, jedenfalls schien es dieses weltlichen Mittels zur Prüfung der Gewissenhaftigkeit der Parteien zu bedürfen, als an Stelle des priesterlichen Schiedsrichterthums der staatliche Rechtsschutz trat und die Rechtsprechung zu einer weltlichen Angelegenheit wurde. Sei es nun, daß die Geldhinterlegung den Eid verdrängte oder daß sie neben ihn trat, jedenfalls erhielt sich die alte Bedeutung des Wortes sacramentum als einer eidlich bekräftigten Parteibehauptung. Zu entscheiden war also, ob diese gesetzlich gerechtfertigt sei oder nicht. Das Schicksal der hinterlegten Summen entschied sich einfach nach dem Inhalt des Urtheils.

*) Mittelalterlich-deutscher Prozeß, § 39.

Digitized by Google

Das Verfahren der legis actio sacramento verwirklicht hiernach folgenden Gedanken.*) Der Kläger stellt seine Rechtsbehauptung auf und sucht, indem er sie in die Worte des Gesetzes kleidet, dieses zur Durchführung zu bringen. Schweigt der Beklagte, so bleibt die Kraft der klägerischen Rechtsbehauptung unangefochten, das Gesetz, das der Kläger angerufen, ist in dem konkreten Streitfalle der Parteien zur Herrschaft gelangt.**) Wollte der Beklagte wirksam widersprechen, so mußte er seinerseits eine Rechtsbehauptung aufstellen, die das Gegentheil der klägerischen Behauptung enthielt und also diese entkräftete. That er das, so standen zwei gleichwerthige Rechtsbehauptungen einander gegenüber, von denen die eine nothwendig unrichtig sein mußte. Vielleicht nun gelangte die Partei, die thatsächlich im Unrechte war, zur Erkenntniß ihres Unrechts und gab ihre Rechtsbehauptung auf, sobald sie zu sorgfältiger Prüfung derselben veranlaßt wurde. Deshalb erfolgte eine wechselseitige Aufforderung zum sacramentum. Dieses enthielt die nochmals geprüfte, feierlich betheuerte und durch Uebernahme eines Vermögensverlustes gekräftigte Behauptung einer jeden Partei, daß sie von ihrem Rechte überzeugt sei. Damit war jede Aussicht auf eine Erledigung des Streites durch das Nachgeben einer Partei geschwunden, es war ein der richterlichen Entscheidung bedürfender Rechtsstreit vorhanden. Das judicium mußte angeordnet werden und darüber entscheiden, welche Rechtsbehauptung die durch Gesetz gerechtfertigte sei.

In diesem Verfahren war für Einreden kein Raum.***) Denn sollte die klägerische Rechtsbehauptung entkräftet werden, so mußte ihr eine gleichwerthige Rechtsbehauptung entgegengestellt werden. Das war aber nur dann möglich, wenn der Beklagte dasselbe Recht behauptete, das der Kläger für sich in Anspruch genommen hatte, oder wenn der Beklagte eine Rechtsthatsache geltend machen konnte, die das klägerische Recht aufgehoben hatte: im ersten Falle begegnete er der klägerischen Behauptung mit der Behauptung desselben Rechts, im zweiten Falle mit einer einfachen Negation. Wie man aber denjenigen Gegenrechten zur Anerkennung verhalf, welche das klägerische

*) Karlowa a. a. O. S. 16, 17.

**) Karlowa. a. a. O. S. 112. Demelius: Confessio S. 81 ff Schultze, a. a. O. S. 455 ff.

***) Lenel: Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen. 1876, S. 41 ff. Karlowa: S. 346 ff.

Digitized by Google

Recht an sich in seinem Dasein bestehen ließen und nur seine gegenwärtige Durchführbarkeit beschränkten, ist nicht bekannt.*) Jedenfalls war das Bedürfniß hierzu in den einfachen Verkehrsverhältnissen der ältesten Zeit ein äußerst geringes, zumal man die Begründung eines Pfandrechts nur in der Form der Eigenthumsübertragung kannte (mancipatio oder in jure cessio mit pactum fiduciae).

Man unterscheidet eine legis actio sacramento in rem und in personam.

§ 27. Die legis actio sacramento in rem giebt das Bild eines wirklichen Kampfes, der durch das Dazwischentreten der Obrigkeit in friedlicher Weise erledigt wird. Die Darstellung, die uns Gajus**) giebt, ist folgende:

Der Kläger faßt die vor den Prätor mitgebrachte streitige Sache an und spricht die Worte aus: „Hunc ego hominem (Sklaven) ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui. Mit diesen Worten legt er den Stab, den er als Eigenthumszeichen (festuca hastae loco signum quoddam justi dominii) in der Hand hält, auf die Sache. Der Beklagte sagt und thut alsdann ganz dasselbe. Es ist dies die manuum consertio, da jede Partei die Sache ergreift. Darauf befiehlt der Prätor: Mittite ambo rem, die Parteien lassen denn auch die Sache los, aber der Kläger richtet an den Beklagten die Frage: Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris? Der Beklagte antwortet: Jus peregi sicut vindictam imposui, vermuthlich hat dann der Beklagte dieselbe Frage gestellt und dieselbe Antwort erhalten. Darauf ergreift wieder der Kläger das Wort: „Quando tu injuria vindicavisti, sacramento quingenario (oder quinquagenario)***) te provoco; der Beklagte erwiderte: Similiter ego te.

War Streitgegenstand ein Grundstück oder eine schwer herbeizuschaffende bewegliche Sache, so erfolgte die Solennität der legis actio ursprünglich an Ort und Stelle, später auf

*) Die Hypothesen, die man darüber aufgestellt, befriedigen nicht. S. Karlowa, S. 346 ff. und die dort angeführten. Lenel, a. a. O. Baron, R.-G., § 205, 1, N. 21.

**) IV, 16. Gellius: Noctes Atticae 20, 10. Cicero pro Murena 12, 26.

***) Nach einer Bestimmung der XII Tafeln betrug die Sakramentssumme bei einem Streitgegenstandswerthe von 1000 asses oder weniger 50 asses, bei höherem Werth 500 asses, in Freiheitsprozessen 50 asses (Gajus IV, 14).

Digitized by Google

dem Forum, wohin man ein Symbol der Sache gebracht hatte. Der Kläger sprach hier: Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ex jure Quiritium meum esse ajo; inde ibi ego te ex jure manum consertum voco. Der Beklagte erwidert: „Unde tu me ex jure manu consertum vocasti, inde ibi ego te revoco. Darauf befiehlt der Prätor: Suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico: ite viam, redite viam. Dieser Befehl wurde von den Parteien ursprünglich in der Weise befolgt, daß sie auf das Grundstück gingen und von dort eine Scholle holten, später in der Weise, daß sie die von vornherein mitgebrachte Scholle herantrugen. Darauf spielte sich dieselbe Solennität ab wie bei der Vindikation beweglicher Sachen.

In beiden Fällen führte die Provokation zur Hinterlegung oder zum Versprechen der Sakramentssumme. Ihr folgte die Vindicienertheilung: Der Prätor empfing nämlich die Sache aus der Hand der Parteien, überließ sie aber für die Dauer des Prozesses einer der beiden Parteien, und zwar derjenigen, welche die besten Garantien gewährte: der Empfänger stellt praedes (Garanten) litis et vindiciarum id est rei et fructuum und sichert damit die unversehrte Herausgabe der Sache und ihrer Früchte an den Gegner, falls dieser obsiegen sollte.

Die Parteien treten also in dem Streite um die Sache einander mit Worten und mit Handlungen entgegen: jeder behauptet das Eigenthum und will es gewaltsam durchsetzen. Diesen Streit bringt das Dazwischentreten des Prätors auf einen Augenblick zur Ruhe, ein Jeder fragt den Andern, wie er dazu komme, Gewalt zu üben. Die Antwort ist, er sei Eigenthümer. Da nicht beide Parteien Eigenthum am Streitgegenstand haben können, so bleibt nur noch ein Mittel, den Gegner zum Nachgeben zu veranlassen, übrig: die Herausforderung zum Sakramentum; damit ist jedem Theile noch einmal Gelegenheit geboten zu erneuter ernster Prüfung, ob er die eidliche Erklärung, von seinem Rechte überzeugt zu sein, auf sein Gewissen und die Gefahr eines Geldverlustes auf sein Vermögen nehmen wolle. Bleiben die Parteien bei ihren Rechtsbehauptungen, so erfolgt nun die Niederlegung der Summe und der eigentliche Prozeß, das judicium, kann beginnen.

Das überlieferte Ritual der legis a. sacramento in

Digitized by Google

rem beweist aber auch deutlich die Zweiseitigkeit der vindicatio.*) Jede Partei behauptete Eigenthum an der Sache und verlangte die Anerkennung dieses ihres Rechtes. Der Richter hatte deshalb die Aufgabe, jedenfalls einem der streitenden Theile das Eigenthum zuzuerkennen, was in jener Zeit um so seltener einer Schwierigkeit unterlegen haben dürfte, als der Eigenthumserwerb sich an solenne Akte knüpfte oder von einer titellosen, außerordentlich kurz befristeten Ersitzung (Grundstücke zwei Jahre, andere Sachen ein Jahr) abhing.

Die Vindicienertheilung (vindicias dicere) war die Uebertragung provisorischen Besitzes an eine der Parteien, und die praedes, die der Besitzer zu stellen hatte, waren dem Staate gegebene Bürgen. Denn an diesen war der Besitz übergegangen, er war es, aus dessen Hand der Sieger den Streitgegenstand entgegennahm, er haftete daher, wenn die Sache verloren ging, also mußte ihm Sicherheit bestellt werden. Dieses Verfahren ermöglichte zugleich die Durchführung des durch Urtheil festgestellten Rechtes an dem Gegenstande selbst. Siegte der Besitzer, so blieb er im Besitze, siegte sein Gegner, so gab es keine die Sache selbst ergreifende, unmittelbare Exekution, vielmehr waren die praedes in ihrer Existenz bedroht, wenn der Besitzer die Sache nicht freiwillig herausgab.**) Es läßt sich denken, daß derartige Garanten nur unter der Bedingung zu erlangen waren, daß sie selbst die Sache in Verwahrung erhielten.

§ 28. Die l. a. sacramento in personam war die Prozeßform für alle civilen actiones in personam. Die legalen Worte lauten hier dahin: Ajo te mihi decem milia dare oportere. Daß die causa debendi angegeben wurde, ist nicht bekannt, aber wahrscheinlich. Der Widerspruch des Beklagten, dessen Wortfassung uns nicht überliefert ist, beschränkt sich jedenfalls auf die Erklärung: Nego me tibi decem milia dare oportere. Weitere Förmlichkeiten fielen fort, es folgte vielmehr sogleich die provocatio sacramento, von der wiederum nur die klägerische bekannt ist. Sie lautete: Quando negas, te sacramento quingenario provoco, auf welche jedenfalls die entsprechende Provokation des Beklagten in den

*) Eck: Die doppelseitigen Klagen des röm. und gem. deutschen Rechts. 1870. Dernburg: Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. 1883, S. 34 ff.

**) Grabenwitz: Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung. 1888, S. 4—9.

Digitized by Google

Worten: Quando ais .... folgte. Nach der Niederlegung der Sakramentssumme erfolgte die Ernennung des in diesem Falle fungirenden unus judex; nach der lex Pinaria aber mußten bis zur Ernennung des Richters 30 Tage vergehen.

§ 29. Der in diese solennen Formen gekleideten Verhandlung ging eine formlose Verhandlung voran. In ihr waren namentlich die Prozeßvoraussetzungen zu erörtern und die Sache soweit vorzubereiten, daß die dann folgende Litiskontestation in einem Akte vor sich gehen konnte. Fehlte es an einer Prozeßvoraussetzung oder stellte sich heraus, daß der Kläger nicht im Stande war, seinen Anspruch in die Worte des Gesetzes zu kleiden, so versagte der Prätor die litis contestatio durch Dekret (die denegatio actionis); wenn dagegen der Beklagte nicht widersprechen wollte oder nicht in der gesetzlichen Form widersprechen konnte, so bedurfte es einer richterlichen Entscheidung gleichfalls nicht, denn in diesem Falle war oder galt der Beklagte als confessus und damit pro judicato.

Die nun folgende, oben (§§ 27, 28) beschriebene Solennität hieß Litiskontestation. Zu ihr konnte man erst schreiten, wenn die Vorverhandlung das Dasein einer lis d. h. eines der richterlichen Entscheidung bedürfenden Rechtsstreits ergeben hatte. Der rituelle Akt, der sich nun anschloß, enthielt die formale Erklärung des Streitwillens der Parteien und mußte zugleich Inhalt und Gegenstand des Streites ergeben. Diesen Akt galt es zu beurkunden; denn der Richter mußte Kenntniß erhalten, worüber und weswegen die Parteien stritten, diese Kenntniß empfing er aus dem Munde der Parteien; man mußte deßhalb der Gefahr vorbeugen, daß vor den Richter eine andere lis gebracht wurde, als in jure festgestellt war. Zum Zwecke der Beurkundung richteten die Parteien an die zufällig anwesenden oder eigens herbeigeholten Personen mit den Worten: Testes estote! das Ersuchen, dem solennen Akte der Streitwillenserklärung beizuwohnen. Daher der Name litis contestatio.

Wie sich aus dieser Darstellung ergiebt, bestand das Wesen der Litiskontestation*) in einer formalen, für Parteien und Richter

*) Hierüber eine zahlreiche Literatur, besonders Keller: Ueber Litiskontestation und Urtheil. 1827. Wächter: Erörterungen. Heft 3. 1847. v. Savigny: System des heut. röm. Rechts. Bd. 6, S. 1 ff. (1847). Bekker: Die processualische Consumtion. 1853. Krüger: Die prozessualische Consumtion. 1864. Wlassak: Die Litiskontestation im Formularprozeß 1889.

Digitized by Google

bindenden Erklärung, daß ein Rechtsstreit bestimmten Inhalts unter ihnen vorhanden sei und durch richterliches Urtheil entschieden werden solle: sie bildete also eine vertragsmäßige Begründung des Prozeßverhältnisses.

Die Litiskontestation mußte indeß nothwendig einen Einfluß auch auf das privatrechtliche Verhältniß, das Gegenstand des Streites war, ausüben. Von Altersher nämlich galt der Grundsatz ne bis de eadem re sit actio d. h. es sollte über dasselbe Recht nur einmal zur legis actio kommen. War es hierzu gekommen und ein judicium angeordnet, so war das Recht der Parteien auf das judicium durch Erfüllung beseitigt, der Ausdruck litis contestatione actio consumitur ist also ein treffender. Wenn nun das Recht, wegen dieses Anspruches ein judicium zu erlangen, durch Gewährung des judicium aufgehoben wurde, so mußte da, wo dieser Anspruch mehreren Personen oder gegen mehrere Personen zustand, eine Wandlung des materiellen Rechtsverhältnisses dann eintreten, wenn der eine Anspruch nur von einem Berechtigten oder gegen einen Verpflichteten geltend gemacht wurde: denn nach dem durch die Litiskontestation bekundeten übereinstimmenden Willen der Parteien sollte der Inhalt des künftig zu erwartenden Urtheils die Norm abgeben für das im judicium befangene Rechtsverhältniß, diese Norm aber konnte nur diejenigen Personen verpflichten, die als Prozeßparteien einander gegenübergetreten waren. Wenn also der Gläubiger nur einen von mehreren Correalschuldnern beklagte, so unterwarf er sich in der Litiskontestation dem, was das Urtheil über sein Recht überhaupt aussprechen würde. Da das Urtheil aber nur den einen Beklagten für schuldig befinden oder freisprechen konnte, so wurden die andern Correalschuldner durch die Litiskontestation von selbst frei. Es lag also nahe, die Wandlung, die mit der Litiskontestation in dem privatrechtlichen Verhältniß vor sich ging, mit der durch Stipulation bewirkten zu vergleichen und sie als Novation zu bezeichnen: man sagte: Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere (Gai. III, 180). Gelangte man aber erst einmal dazu, die Litiskontestation der Stipulation gleich zu behandeln, so mußte man auch alle Folgerungen ziehen, die entstanden sein würden, wenn die Personen, die miteinander litem kontestirten, eine Stipulation mit einander geschlossen hätten.*)

*) Vgl. l. 3 § 11, l. 5 de peculio 15, 1. nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi.

Digitized by Google

2, Die legis actio per judicis arbitrive postulationem.*)

§ 30. Von dieser Prozeßform ist uns außerordentlich wenig bekannt, da die Stelle, in welcher Gajus dieselbe behandelt, unleserlich ist. Gewiß ist nur so viel, daß das sacramentum hinwegfiel. Das Verfahren hat sich daher nach herrschender Annahme in der Weise bewegt, daß der Kläger seine Rechtsbehauptung in die Gesetzesworte kleidete, daß darauf der Beklagte widersprach und daß alsdann beide Parteien an den Prätor den Antrag richteten, einen judex oder arbiter zu stellen. Die Worte, in welche dieser Antrag gekleidet wurde, sollen gelautet haben: Te praetor judicem arbitrumve postulo uti des. Ihre Entstehung verdankte diese l. a. wahrscheinlich dem Bestreben, für einfache, persönliche Ansprüche ein vereinfachtes Verfahren herzustellen.

3. Die legis actio per condictionem. **)

§. 31. Auch diese Prozeßform ist eingeführt worden zum Zwecke der Vereinfachung des Verfahrens, und zwar durch die lex Silia (269 vor Chr.?) für Klagen auf certa pecunia credita, durch die lex Calpurnia für Klagen auf omnis certa res praeter pecuniam. Auch bei ihr fiel die provocatio sacramento weg, sie bestand also wahrscheinlich nur in der Rechtsbehauptung des Klägers, der Rechtsverneinung des Beklagten und in einer gegenseitigen Aufforderung (condictio) der Parteien, am 30. Tage sich zum Zwecke der Wahl eines judex vor dem Prätor wieder einzufinden. Mehr ist auch über diese l. actio nicht bekannt.

4. Die legisactio per manus injectionem ***)

§. 32. Die legisactio per manus injectionem ist in der Form, in welcher sie uns überliefert ist, jedenfalls nur eine Abschwächung des ursprünglich mit jeder Obligation verbundenen Exekutionsrechts zu einer Exekutionsform für festge-

*) Bekker, Aktionen. 1871, Kap. 3. Karlowa, R.-C.-P. S. 152 ff. Baron: Zur l. a. per jud. arbitrive post. u. per condictionem. 1873. Schmidt: Zeitschrift für R.-G., Bd. 2, S. 147—164.

**) Baron, in der vor. Anmerkung angef. Schrift, ferner Baron: Die Kondiktionen. 1881. §§ 15, 16. Karlowa, R.-C.-P. S. 230 ff.

***) Huschke: Ueber das Recht des Nexum und das alte röm. Schuldrecht, 1846, S. 79 ff. v. Ihering: Geist pp. § 11c. Karlowa: R.-C.-P. S. 144 ff. Demelius: Confessio S. 52 ff. Gallinger: Der Offenbarungseid des Schuldners, 1884, S. 1 ff.

Digitized by Google

stellte Forderungen. Als solche galt bis zur lex Poetelia (313 vor Chr.) auch die durch nexum, also einen formalen Vertrag, begründete Schuld, seit dieser Zeit unterlagen der Durchführung durch manus injectio nur die durch richterliches Urtheil und die durch confessio oder jus jurandum in jure außer Zweifel gestellten Ansprüche. In allen Fällen aber charakterisirte sich auch diese legis actio als eine Form, dem Gesetze Geltung zu verschaffen. Das Gesetz will, daß der, welcher zur Zahlung verpflichtet ist, aber nicht Zahlung leistet, dem Gläubiger verfalle. Vollstrecker des Gesetzeswillens ist der Gläubiger selbst, er ist es aber nur dann, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen der Exekution erfüllt und die gesetzliche Form beobachtet. Daß er das thut, muß er dadurch beweisen, daß er vor dem Hüter des Gesetzesrechtes seinen gegen die Person des Schuldners gerichteten Anspruch in die Worte des Gesetzes kleidet. Der Hergang war nämlich folgender.

Der Gläubiger. ergriff seinen Schuldner und führte ihn vor den Prätor. Dort legte er die Hand auf den Schuldner und sprach: Quod tu mihi judicatus (damnatus) es sestertium decem milia, quae ad hoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium manum injicio. Unterläßt der Schuldner den geeigneten Widerspruch, so bleibt die Rechtsbehauptung des Klägers bei Kräften, d. h. der Schuldner ist wegen der vom Gläubiger bezeichneten Schuld diesem verfallen. Dieser Ausgang kann abgewendet werden, wenn der Schuldner sofort zahlt oder wenn er widerspricht und dem Gläubiger einen vindex stellt. Der vindex übernimmt die Verpflichtung, im Falle seines Unterliegens das zu leisten, wozu der Schuldner nach der Behauptung des Gläubigers verpflichtet war. Es entstand nun ein Prozeß zwischen dem Gläubiger und dem vindex über eine Schuld, die formell-juristisch eine solche des vindex, ökonomisch aber die des ursprünglichen Schuldners war. Unterlag in diesem Prozesse der vindex, so verfiel er in die Strafe, daß er das doppelte der Schuldsumme zu zahlen hatte, und war nun seinerseits der manus injectio ausgesetzt, unterlag der Gläubiger, so hatte sich die gegen den ursprünglichen Schuldner gerichtete manus injectio als eine ungesetzliche erwiesen.

Nach Erlaß der lex Poetelia, welche die Lage des dem Gläubiger verfallenen Schuldners erheblich besserte, wurde die manus injectio für einzelne besondere, noch nicht durch Urtheil oder Anerkenntniß festgestellte Forderungen zugelassen.

Digitized by Google

Seit dieser Zeit unterschied man die m. inj. pro judicato: wer dieser unterlag, war dem judicatus (abgeurtheilten Schuldner) gleichgestellt, sein Widerspruch wurde also nur dann beachtet, wenn ein vindex für ihn eintrat, und die manus injectio pura: wer dieser unterlag, konnte sich selbst gegen die legis actio vertheidigen (manum sibi depellere et pro se lege agere potest).

5. Die legis actio per pignoris capionem.*)

§. 33. Von ihr war es von jeher fraglich, ob man sie zu den legis actiones rechnen könne. Denn die pignoris captio erfolgte nicht vor dem Magistrat, sie brauchte nicht in Gegenwart des Schuldners zu geschehen, und konnte auch an einem dies nefastus vor sich gehen. Sie gleicht einer legis actio aber insofern, als von einem Gläubiger ein Anspruch auf eine gewisse Leistung in bestimmter Wortform, also jedenfalls unter Gebrauch der Gesetzesworte, geltend gemacht wurde. Gewiß hatte auch ihr gegenüber der Schuldner das Recht, durch Widerspruch gegen den Anspruch des Gläubigers einen Prozeß zu veranlassen. Sie bestand in der Ergreifung einer Sache zum Zwecke der Befriedigung eines gegen den Eigenthümer derselben gerichteten Anspruches und war nur zulässig in einzelnen Fällen zur Durchführung von Rechten, die einen mehr öffentlich-rechtlichen als privatrechtlichen Charakter trugen. Dahin gehörten: der Anspruch des Soldaten auf das aes militare (Sold), der Anspruch des eques auf das aes equestre (Geld zum Ankauf eines Pferdes), der Anspruch des eques auf das hordearium (Futtergeld), gegen den mit dieser Leistung beauftragten Beamten oder die mit derselben unmittelbar belastete Privatperson; ferner der Anspruch auf den Kaufpreis des Opferthieres und der Anspruch des publicanus (Steuerpächters) gegen den Steuerschuldner. Sie vertrat also unser heutiges Verwaltungszwangsverfahren.

2. Aufhebung des Legisaktionenverfahrens und Einführung des Formularprozesses.**)

§. 34. Was wir über den in der Ueberschrift angegebenen Vorgang wirklich wissen, ist äußerst wenig. Als feststehende

*) S. Karlowa, R.-C.-P. S. 201 ff.

**) Vgl. außer Puchta, Keller, Bethmann-Hollweg, Rudorff namentlich Keller: semestrium ad M. T. Ciceronem lib. 1, 1842. Stintzing: Ueber das Verhältnis der l. a. sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis, 1853. Bekker: Aktionen I, S. 212, 258.

Digitized by Google

Thatsachen dürfen wir nur betrachten, daß im sechsten oder siebenten Jahrhundert nach der Gründung Roms — auch über diesen Zeitpunkt wissen wir genaueres nicht — eine lex Aebutia erlassen worden ist, welche das agere per formulas zu einer gesetzlichen Prozeßform machte, sei es daß sie eine bestehende Uebung nur zum Gesetz erhob oder daß sie jenes Verfahren als neues einführte, daß ferner durch leges Juliae judiciariae, die aller Wahrscheinlichkeit nach von Augustus gegeben sind, der Formularprozeß die regelmäßige Prozeßform wurde, daß daneben der Legisaktionenprozeß nur noch für die vor dem Centumviralgericht zu verhandelnden Sachen bestehen blieb, und daß sich etwa gleichzeitig mit den Anfängen des Formularprozesses ein Verfahren per sponsiones entwickelte, bei welchem, die Parteien über eine sie interessirende Rechts- oder andere Frage eine Wette eingingen und dann über die Wettsumme und damit über jene Frage richterliches Urtheil begehrten.

An diese wenigen historisch beglaubigten Thatsachen knüpfen sich eine ganze Reihe von Vermuthungen.

Daß der Legisaktionenprozeß den gesteigerten Anforderungen eines sich mächtig entwickelnden Verkehrs nicht gerecht werden konnte, scheint eines Beweises nicht zu bedürfen. Wie es auf der einen Seite schwierig und in zahlreichen Fällen gewiß unmöglich war, einen aus einem verwickelten Sach- und Rechtsverhältniß hergeleiteten Anspruch in die Worte desjenigen Gesetzes zu kleiden, dem er thatsächlich unterlag, so leicht mußte es sein, gewisse Ansprüche zur rücksichtslosen Durchführung zu bringen: war doch für Einreden, für billige Berücksichtigung konkreter Umstände und für das große Gebiet der späteren exceptio doli praesentis kein Raum. Die strengen Formen, mit denen man das Verfahren in alter Zeit umkleidet hatte und die für die älteste Entwicklung des Prozesses ihre hohe Bedeutung gehabt hatten, verflachten sich zu leerer Silbenstecherei*) und verfielen der Lächerlichkeit. Eine Vereinfachung dieser Formen war schon durch Einführung der l. a. per judicis postulationem und per condictionem bewirkt worden, damit war für zahlreiche Fälle des täglichen Rechtsverkehrs die große Gefahr, die das Sakramentsverfahren für den unterliegenden Theil in sich barg, beseitigt worden. Wenn man schließlich zu einer freieren Gestaltung des Verfahrens seine Zuflucht nahm,

*) Cicero pro Caecina c. 23. pro Murena c. 11—13; de oratore I, 22; de officiis I, 10. Konstantin in l. 1 Cod. de form subl. 2, 58.

Digitized by Google

so knüpfte man sicherlich nur an vorhandene und bekannte Erscheinungen des damaligen Rechtslebens an.

Die geringe Zahl und Kürze der privatrechtlichen Gesetze nöthigte den Verkehr, sich in denjenigen Formen zu bewegen, die staatlichen Rechtsschutz garantirten. Zu diesen Formen gehörte der durch Frage und Antwort zu Stande kommende formelle Vertrag, die sponsio, eine Form, die zur Aufnahme jedweden Inhalts geeignet war und unter welcher namentlich auch bedingte Verpflichtungen eingegangen werden konnten. Man kann es daher nur als eine durchaus natürliche Erscheinung bezeichnen, daß sich in Rom die Sitte bildete, über jede irgendwie zweifelhafte Frage eine sponsio einzugehen. Man klagte dann auf Zahlung der Wettsumme in Form der l. a. sacramento in personam oder später der l. a. per condictionem; damit war der Weg gewiesen, die schwerfällige l. a. sacramento in rem zu umgehen, und in der That trat neben das zweiseitige Verfahren der l. a. sacramento in rem für Eigenthumsansprüche eine einseitige Vindikation per sponsionem.

Wer nämlich einen Eigenthumsanspruch erheben wollte, forderte seinen Gegner durch die Worte*): Si homo quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, viginti quinque nummos dare spondes? zu der Antwort: spondeo heraus und klagte alsdann mit der condictio certi auf die bedingt versprochene Geldsumme. Ein obsiegliches Urtheil konnte er nur erstreiten, wenn er dem Richter sein Eigenthum nachwies, die sponsio hieß in diesem Falle praejudicialis und wurde auf eine möglichst geringe Summe abgeschlossen. Um nun aber auf den Beklagten den erforderlichen, ihn zur Herausgabe der Sache nöthigenden Zwang auszuüben, schließt er eine stipulatio pro praede litis et vindiciarum, durch welche er unter Bürgenstellung (sponsores) die Herausgabe der Sache und ihrer Früchte versprach.

Diente die sponsio also, wie aus der Nachricht von Gajus (IV, 93, sq.) erhellt, zur Umgehung der regelmäßigen Prozeßform und zur Vereinfachung des Verfahrens, so war sie auch geeignet, ein richterliches Urtheil über solche Verhältnisse zu ermöglichen, über die bei dem Fehlen einer lex eine richterliche Entscheidung nicht hätte begehrt werden dürfen. In solchen Fällen würden die Parteien kraft des dem Juris-

*) Gajus IV, 93.

Digitized by Google

diktionsmagistrat zustehenden imperium zu einer in jure abzuschließenden sponsio veranlaßt; an diese schloß sich unmittelbar die Litiskontestation. Wurde hiermit die sponsio zu einem prätorischen Prozeßorgan und zur Einführung von Rechtsschutzaussprüchen kraft magistratischer Amtsgewalt benutzt, so konnte ihr auch nur dasjenige Maß von Wirkung innewohnen, welches der Prätor ihr beilegen wollte. Es konnte daher nicht fehlen, daß die Verurtheilung zur Zahlung der Sponsionssumme gerade in denjenigen Fällen, in welchen das jus civile nicht ausreichte und neue aus neuen Verhältnissen hervorgehende Ansprüche zugelassen werden sollten, von einer Reihe von Vorbehalten abhängig gemacht wurde. Diese Vorbehalte konnten dem Richter von den bei der Litiskontestation zugezogenen Zeugen nicht mitgetheilt werden, weil diese nur die Gesetzesworte zu hören bekamen, es war daher nothwendig, daß der Prätor die von ihm mit den Parteien festgesetzten Condemnationsbedingungen dem ernannten Richter unmittelbar kundgab. Daß man hierbei zur Schriftform griff, war durch die Forderung urkundlicher Feststellung ohne weiteres geboten.

Sicherlich brauchte man sich dabei nur an das Vorbild anzulehnen, das der Peregrinenprozeß bot.*) Für diejenigen Peregrinen nämlich, welche Bürger formell noch souveräner Staaten waren und denen commercium cum civibus Romanis durch Vertrag nicht eingeräumt war, sowie für diejenigen Unterthanen des römischen Staates, welche die civitas verloren hatten und bei denen eine gegenseitige vertragsmäßige Gewährung von commercium und recuperatio nicht möglich war (dediticii), welche also nicht per legis actiones klagen konnten, mußte eine Prozeßform geschaffen werden, die dem römischen Rechtsgedanken von der Theilung des Verfahrens entsprach. Ob man hierbei die Formula von einem der Völker entlehnt hat, deren Rechtseinrichtungen man kennen gelernt hatte, oder ob sie auf eigener Erfindung der römischen Prätoren beruhte, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls erscheint es durchaus natürlich, daß der Prätor, der dem Peregrinen ein judicium gewährte, dem Richter auch die Rechtsgrundsätze angab, die er bei seiner Entscheidung beachten sollte.

So war eine Einrichtung des jus gentium einem in Rom empfundenen Bedürfnisse entgegengekommen, um eine

*) Wlassak: Römische Prozeßgesetze S. 75. Schmidt: Zum internationalen Rechtsverkehr der Römer (Dekanatsprogramm 1889). Eisele: Abhandlungen zum röm. Civilprozeß S. 67 ff.

Digitized by Google

national-römische Institution zuerst einzuschränken und schließlich zu verdrängen.

Denn die lex Aebutia hat den Formularprozeß zum gesetzlichen erhoben keineswegs in dem Sinne, daß fortan nur nach dem neuen Verfahren hätte prozessirt werden dürfen, vielmehr hat er den Formularprozeß nur neben den Legisaktionenprozeß gestellt, ob so, daß gewisse Sachen nur in diesem, andere nur in jenem Verfahren verhandelt werden durften*), oder so, daß beide Prozeßformen den Parteien zur Wahl gestellt waren**), ist zweifelhaft; wahrscheinlicher ist die erstere Vermuthung, und trifft sie zu, so ist anzunehmen, daß die l. a. per condictionem verdrängt worden ist.

Unter Augustus wurden zwei leges (Juliae) judiciariae erlassen, welche den Legisaktionenprozeß zu Gunsten des Formularprozesses auf die Klage wegen damnum infectum und auf diejenigen Sachen beschränkten, welche vor das Centumviralgericht gehörten. Ob letzteres aber nur für die Entscheidung von Erbschaftsstreitigkeiten oder auch für Eigenthumsprozesse zuständig war, ist fraglich.***)

Endlich erhielt sich die legis actio als Scheinprozeß zur Einkleidung der Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

3. Der Formularprozeß.

a. Die formula (Schriftformel).

§ 36. Die bisherigen Erörterungen haben die Erklärung desjenigen Institutes des römischen Civilprozesses, welches das bei weitem lebhafteste Interesse für sich in Anspruch nimmt, so weit vorbereitet, daß hier nur die Ergebnisse gezogen zu werden brauchen.

1. Die Formula ist ein vom Jurisdiktionsmagistrat dem Richter ertheilter Befehl, einen bestimmten Rechtsstreit durch Urtheil zu entscheiden. Im Gegensatze zu dem maßgebenden Ausspruche des Magistrats im Legisaktionenprozesse ist die Formel Befehl nicht nur ihrem Wesen, sondern auch ihrer Form nach. Denn sie wendet sich an den Richter mit den Worten: Titius judex esto .... condemna, absolve, adjudica, pronuntia. Daß sie ihrem

*) Eisele a. a. O. S. 105 ff.
**) Wlassak a. a. O. S. 58 ff. 127—130.
***) S. oben § 10 und Wlassak a. a. O. S. 201 ff.

Digitized by Google

Wesen nach Befehl ist, folgt daraus, daß sie Ausfluß der Amtsgewalt (imperium) des mit der Jurisdiktion betrauten Magistrates und das Richteramt ein munus publicum ist: der Maistrat darf und soll ein judicium anordnen, wenn das Verlangen der Parteien nach einem solchen ein berechtigtes ist, und der Richter ist als Unterthan des römischen Staates zum Gehorsam gegen die Anordnungen der Vertreter der Staatsgewalt verpflichtet. Auch im Legisaktionenprozeß beruhte das judicium auf einer von der Amtsgewalt getragenen Anordnung des Magistrats. Aber diese Anordnung war mehr Zulassung als Befehl. Denn ob das Verlangen nach richterlichem Urtheil ein berechtigtes war oder nicht, hing hier nur davon ab, ob es den Parteien gelang, ihr Begehren in die vom Gesetze vorgeschriebene Form zu kleiden; dem Gesetze war auch der Magistrat unterworfen, er mußte also das judicium anordnen, wenn die Form erfüllt war. Seine Thätigkeit bestand daher in der Prüfung, ob die von den Parteien abgegebenen Erklärungen der Form entsprachen, die das Gesetz verlangte; verneinte er diese Frage, so mußte er die denegatio actionis aussprechen, er verweigerte den Schlußakt des Verfahrens in jure, die Litiskontestation. Die bloße rechtliche Möglichkeit dieser denegatio aber läßt die einfache Zulassung der litiscontestatio als einen Machtspruch erscheinen, daß das judicium stattfinden dürfe und also stattfinden solle. Im Formularprozeß unterliegt selbstverständlich der Magistrat dem Gesetze ebenso wie im alten Prozeß: er ist adjuvandi juris civilis gratia eingesetzt. Wenn der Kläger seinen Anspruch also einfach auf die lex stützt, so ist der Prätor verpflichtet, judicium zu gewähren. Aber darin lag eben die materiellrechtliche Bedeutung der Formula, daß der Prätor durch ihre Ertheilung ein judicium auch da anordnen konnte, wo dem Begehren der Parteien eine lex nicht zur Seite stand; er war auch supplendi juris civilis gratia thätig. Dabei kam es auf die Untersuchung der Frage an, ob sich der Prätor nicht etwa von vornherein durch sein Edikt verpflichtet hatte, für den ihm vorgelegten Fall ein judicium zu gewähren, oder ob der Fall so lag, daß die Anordnung gerichtlichen Verfahrens und Urtheils geboten war, obwohl im Edikt ein dahingehendes allgemeines Versprechen nicht gegeben war. Da nun endlich die Thätigkeit des Prätors corrigendi juris civilis gratia gefordert werden konnte und dann darin bestand, daß er die Durchführung eines auf eine lex gestützten Anspruchs von

Digitized by Google

einer Bedingung abhängig machte, so hing in den weitaus zahlreichsten Fällen die Ertheilung der Formula von einer dem Magistrat obliegenden Prüfung nicht etwa der von den Parteien gewählten Form, sondern der von den Parteien vorgetragenen Thatsachen ab. Die Thätigkeit des Magistrats war daher jetzt eine schwierigere und mehr verantwortliche als früher: es war die Frage: „Sind die von den Parteien vorgetragenen und vorläufig als richtig vorausgesetzten Thatsachen geeignet, Verhältnisse zu schaffen, die des richterlichen Schutzes bedürfen?" Bejahte der Prätor diese Frage, so beruhte das judicium ausschließlich auf seiner Machtvollkommenheit, denn ein gesetzliches Recht auf richterliches Urtheil bestand nicht. Die Machtbefugniß des Jurisdiktionsmagistrates war daher im Formularprozeß eine erheblich größere, als sie im Legisaktionenprozeß gewesen war, und die formula war die Gestalt, in welcher diese Machtfülle zum Ausdruck kam.

2. Die Formel ist ein bedingter Befehl. Denn die Anordnung gerichtlichen Verfahrens hängt von der Voraussetzung ab, daß die Anwendung nur des vom Staate anerkannten Rechtes gesichert ist. Vom Staate anerkanntes Recht sind aber nicht lediglich die Volksgesetze (leges), sondern auch diejenigen Grundsätze, denen der Jurisdiktionsmagistrat als Organ der Staatsgewalt Geltung verschaffen will. Da diese Grundsätze das Gesetzesrecht nicht nur ergänzten, sondern unter Umständen in seiner Durchführung hemmten (supplendi-corrigendi juris civilis gratia), so hing Inhalt und Umfang der vom Richter zu befolgenden Rechtsgrundsätze in jedem einzelnen Falle, selbst da, wo die Parteien sich auf Gesetzesrecht beriefen, von dem durch die konkrete Sachlage bestimmten Ermessen des Prätors ab. Wäre nun in jedem einzelnen Falle eine allgemeine Anweisung an den Richter erlassen worden, diese oder jene Grundsätze zur Anwendung zu bringen, so hätte einmal die Sicherheit gefehlt, ob denn der Richter diese Grundsätze ganz im Sinne des Jurisdiktionsmagistrates handhaben werde, und ferner hätte die Möglichkeit bestanden, daß die Parteien dem Richter andere Angriffs- und Vertheidigungsmittel vortrugen, als sie vor dem Prätor vorgetragen hatten. Es hätte also nicht nur die Gefahr einer Verschiedenartigkeit und daher der Unsicherheit des objektiven Rechts, sondern auch wiederholter Erneuerung und daher erheblicher Verzögerung des Verfahrens in jure bestanden. Dieser Gefahr entging und jene Sicherheit erreichte man, wenn man dem Prätor die

Digitized by Google

Entscheidung darüber einräumte, welche Behauptungen der Parteien unter die zur Anwendung zu bringenden Grundsätze fielen und also Anspruch auf Berücksichtigung hätten. Indem also der Prätor in der Formel diejenigen Behauptungen der Parteien zusammenfaßte, welche der Richter berücksichtigen sollte, erklärte er die Rechtsgrundsätze für maßgebend, als deren bloße Anwendung sich jene Parteibehauptungen charakterisirten. Die Untersuchung, ob die in die Formel aufgenommenen Parteibehauptungen begründet seien, war Aufgabe des Richters, die Bewahrheitung der Formelvoraussetzungen also Bedingung für den Inhalt seines Urtheils. Diese Bedingung wurde in der Formel durch die Worte: si paret . . . . (z. B. Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse) zum Ausdruck gebracht und von ihrer Existenz das condemna abhängig gemacht, zugleich aber wurde für den Fall der Nichtexistenz der Bedingung (si non paret) das absolve befohlen.

Wie groß trotz der in der Formula dem Richter gezogenen Grenzen dessen Freiheit war, wird sich aus der nun folgenden Besprechung der Formelbestandtheile ergeben.

§ 36. Gajus berichtet (IV, 39): Partes formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio. Damit ist nicht gesagt, daß jede Formel diese Bestandtheile haben müsse und daß sie nicht noch andere (Zusätze) haben könne. Aber jene vier sind die regelmäßigen Formeltheile.

1. Demonstratio est ea pars formulae, quae ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur (Gajus IV, 40) d. h. es ist die Bezeichnung des Klagegrundes (z. B.: quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit; quod A. A. No. No. hominem vendidit; quod N. N. Ai. Ai. negotia gessit; quod A. A. de No. No. incertum stipulatus est; quod Ao. Ao. pugno mala a No. No. percussa est, überall mit dem Zusatze: qua de re agitur).

Diese Beispiele behandeln sämmtlich Fälle von actiones in personam incertae rei, und in der That kommt nur bei diesen eine demonstratio vor. Die actiones certae rei können derselben entbehren. Die Kondiktionen nämlich sind Klagen, die sich auf einen durch lex anerkannten Rechtsgrund stützen, hinsichtlich deren also die Bezeichnung des zur Anwendung zu bringenden Rechtssatzes überflüssig

Digitized by Google

war.*) Bei anderen actiones certae rei genügt man dem Substantiirungsbedürfniß durch einfachen, in der intentio gegebenen Hinweis (z. B. si paret, Num. Num. Ao. Ao. servum Stichum ex testamento L. Titii dare oportere). Endlich ist bei actiones in rem eine demonstratio um deswillen überflüssig, weil die Art der Begründung des dinglichen Rechts auf dieses Recht selbst einen Einfluß nicht übt, die bloße Bezeichnung des Rechtes, wie sie in der intentio gegeben wird, also ausreicht. Wird dagegen eine a. in personam incerti erhoben, so muß mit Angabe des Entstehungsgrundes der Obligation der aus ihr hergeleitete Anspruch individualisirt werden. So lassen die obigen Beispiele erkennen, daß es sich um die a. depositi directa, die actio venditi, die a. negotiorum gestorum directa, die a. ex stipulatu, die a. injuriarum handelt.

2. Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit (Gaius IV, 41) d. h. in welchem die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung enthalten ist. Als Beispiele dienen: Si paret, Num. Num. Ao. Ao. sestertium decem milia dare oportere (Behauptung einer auf dare gerichteten Forderung: condictio certi); si paret, hominem Stichum ex jure Quiritium Ai. Ai. esse (Eigenthumsbehauptung); si paret, jus esse Ai. Ai. ex jure Quiritium eundi (Behauptung einer Servitut). Die intentio ist in jeder Formel erforderlich, weil jede Klage eine Rechtsbehauptung enthält. Sie ist entweder in personam gestellt oder in rem, die erstere bezeichnet außer dem behaupteten Recht die Person desjenigen, gegen welchen der Anspruch gerichtet ist (si paret, Numerium Negidium Ao. Ao. . . . dare oportere), die letztere bezeichnet außer dem Recht nur den Gegenstand dieses Rechtes, ohne die Person anzugeben, gegen welche das Recht sich richtet (si paret, hominem [fundum. jus utendi fruendi, hereditatem] ex jure Quiritium Ai. Ai. esse). Es macht sich hier der Gegensatz von relativem und absolutem Rechte geltend; das erstere besteht in einer Beziehung zwischen bestimmten Personen, das letztere besteht nur an einem bestimmten Vermögensgegenstande, wirkt aber gegen alle Personen. Wenn nun der Richter nach dem Befehle des Prätors si paret feststellen soll, ob dem Kläger das von ihm behauptete Recht zusteht, so kann er das Vorhandensein eines relativen

*) Vgl. Baron: Die Condiktionen. 1881.

Digitized by Google

Rechts nur feststellen, wenn er die Personen kennt, welche in Rechtsbeziehung stehen, während er das Vorhandensein eines absoluten Rechts feststellen kann, wenn ihm nur die Begründung und der Gegenstand des Rechts bewiesen werden. Eine intentio in rem enthalten auch einzelne persönliche Klagen, die daher actiones in rem scriptae heißen, eine Erscheinung, die darin ihren Grund hat, daß es sich hier um Ansprüche handelt, die dem Verletzten nicht nur gegen den ursprünglich Verpflichteten, sondern eintretendenfalls auch noch gegen andere Personen zustehen, die also schon dann festgestellt sind, wenn ihr Entstehungsgrund und ihr Gegenstand bewiesen sind.

Die intentio ist ferner entweder certa oder incerta, je nachdem der Gegenstand des vom Kläger behaupteten Rechts in der Formel bestimmt angegeben oder der richterlichen Feststellung überlassen wird. Ein Beispiel der intentio incerta ist: quidquid ob eam rem Num. Num. Ao. Ao. dare facere oportet; eine intentio certa ist: si paret, Num. Num. Ao. Ao. decem nummos, hominem Stichum, fundum Cornelianum, jus eundi agendi in fundo Corneliano, centum modios tritici Africi optimi dare oportere.

Die intentio ist endlich entweder in jus oder in factum concepta. Gründet nämlich der Kläger seine Rechtsbehauptung auf jus civile, so kann der Prätor die Ertheilung der Formel nicht versagen, er ist nicht einmal befugt, die Voraussetzungen, von deren Vorhandensein das geltend gemachte Recht nach seiner Annahme abhängt, in der Formel zu bezeichnen, weil er damit den Richter in der Beurtheilung einschränken und möglicherweise nicht dem gesetzlichen Recht selbst, sondern seiner subjektiven Meinung davon Geltung verschaffen würde. Er kann daher den Richter nur anweisen, zu untersuchen, ob dem Kläger das behauptete jus civile zusteht, und es ist dann Sache des Richters, zu beurtheilen, ob der vom Kläger für sein Recht angegebene Entstehungsgrund geeignet ist, das behauptete Recht zu begründen. Solche Formeln sind: Si paret, hominem Stichum ex jure Quiritium Ai. Ai. esse; si paret, Ao. Ao. jus esse eundi agendi in fundo Corneliano; si paret, Num. Num. Ao. Ao. sestertium decem milia dare oportere (condictio certi). Die Schaffung neuer Formeln und damit neuer Klagerechte aber konnte nur in der Weise vor sich gehen, daß der Prätor den Richter anwies, die Verurtheilung des Beklagten von der Feststellung bestimmter Thatsachen ab-

Digitized by Google

hängig zu machen, Thatsachen, welche civilrechtliche Ansprüche nicht begründeten, nach Ansicht des Prätors aber das Verlangen nach Gewährung eines judicium rechtfertigten. Die Formel, die in einem solchen Falle ertheilt wurde, war dann entweder eine im Edikt ein für allemal verheißene oder eine erst nach Prüfung des klägerischen Anliegens für den vorliegenden Fall geschaffene. In dem einen wie in dem andern Falle konnte die Prüfung des Richters sich nur auf das Dasein jenes Thatbestandes beschränken, der nach dem Rechtsgefühl des Prätors zur Erzeugung eines rechtlich zu schützenden Begehrens ausreichte und erforderlich war. Solcher Thatbestände und formulae hat es schließlich sehr viele gegeben. Beispiele sind: Si paret, Aulum patronum a No. No. liberto contra edictum Cornelii praetoris in jus vocatum esse, recuperatores Num. libertum Ao. patrono sestertium quinque milia condemnate; si paret, dolo malo Ni. Ni. factum esse, ut A. A. fundum Cornelianum Titio mancipio daret, nisi arbitratu tuo N. Ao. rem restituat, quanti ea res erit, Num. Ao. condemna; si paret, eam rem, qua de agitur, ab eo, cujus in bonis tum fuit, ob pecuniam promissam Ao. pignori obligatam eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aum stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo N. Ao. restituet, quanti ea res erit, Num. Ao. condemna (formula quasi Serviana).

Es leuchtet ein, daß auf dem Wege der Schaffung neuer Formeln eine Rechtsentwicklung ermöglicht wurde, die lediglich durch die Bedürfnisse des praktischen Lebens bestimmt war, diesen aber auch voll Rechnung trug, daß diese Entwicklung jedoch einen Gang einschlug, der dem durch die Gesetzgebung vorgezeichneten Wege entgegenlief. Denn die Gesetzgebung giebt dem Einzelnen Rechte und trifft Einrichtungen, welche die Möglichkeit der Verfolgung dieser Rechte gewähren, die Jurisdiktion der Magistrate aber schuf Rechtsschutzansprüche und in Folge hiervon materielle Rechte. So wurde das römische Recht, das zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung ein System von Rechten war, durch Einführung der formulae zu einem System von Klagen.

3. Adjudicatio est ea pars formulae, qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare (Gajus IV, 42), denn bei Theilungsklagen reicht die Befugniß des Richters, nach den Anträgen der Parteien zu verurtheilen, nicht aus, er

Digitized by Google

bedarf der Ermächtigung, der einen oder anderen Partei das Eigenthum einer zur Gemeinschaft gehörigen Sache zuzuschlagen. Die Formelworte lauten: Quantum adjudicari oportet, judex, Titio adjudicato.

4. Condemnatio est ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur (Gajus IV, 43). Diese Erklärung wird (in IV, 48) ergänzt durch die Worte: omnium formularum, quae condemnatinonem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est, m. a. W.: Die Verurtheilung muß immer auf Zahlung einer Geldsumme lauten, eine Erscheinung, die ihren Grund hat in der Gestaltung des Exekutionsrechtes. Die älteste Zeit hatte nur eine gegen die Person des Schuldners gerichtete Zwangsvollstreckung gekannt, die spätere aber an Stelle der Person selbst deren Vermögen gesetzt; die Gesammtheit des schuldnerischen Vermögens war aber nur dann geeignet, Exekutionsobjekt zu sein, wenn der auf eine bestimmte Sache oder Leistung gerichtete Anspruch des Klägers in eine auf ein gewisses Quantum des allgemeinen Werthmessers d. h. auf eine Geldsumme gerichtete Forderung umgewandelt war. Daher mußte denn in denjenigen Fällen, in welchen der Beklagte einer Restitutions-, Exhibitions- oder Leistungspflicht hinsichtlich anderer Gegenstände als Geld unterlag und der unterlegene Beklagte der ursprünglichen Verpflichtung nicht nachkam, in einem Nachverfahren eine Geldschätzung vorgenommen und auf die so gefundene Summe erkannt werden.

Die condemnatio war aber entweder certa oder incerta, je nachdem die Summe in der Formel angegeben oder der Bestimmung des Richters überlassen war. War die condemnatio eine certa, z. B. wenn die Formelworte lauteten: Num. Num. Ao. Ao. sestertium decem milia condemna, si non paret absolve, so war dem Richter gar keine Freiheit gelassen; fand er, daß der Kläger grundsätzlich im Rechte war, aber mehr gefordert hatte, als er in Wahrheit verlangen durfte, so konnte er auf die in der Formel angegebene, vom Kläger beanspruchte Summe nicht erkennen, er mußte also den Beklagten freisprechen. Solche Condemnationen konnten bei einer intentio juris vorkommen, wenn es sich um eine condictio certi handelte, sie konnten aber auch bei der intentio in factum concepta vorkommen, wenn der Kläger eine Strafe verlangte, die absolut bestimmt war (z. B. Gajus IV, 46).

Die condemnatio incerta ist entweder so gefaßt: quanti

Digitized by Google

ea res erit, tantam pecuniam judex Num. Ao. condemna, oder quidquid dare facere oportet, judex etc.; oder so: judex Num. Num. Ao. Ao. dumtaxat sestertium decem milia condemna; ejus Num. Num. Ao. Ao. dumtaxat de peculio, quod penes Num. Num. est et si quid in rem Ni. Ni. inde versum est, condemna; ejus Num. Num. Ao. Ao. dumtaxat in id quod facere potest condemna. Im ersten Falle ist dem richterlichen Ermessen freiester Spielraum gelassen, im letzteren ist ihm eine Grenze gezogen: er soll höchstens auf 10000 Sesterzen, höchstens auf den Betrag des Pekuliums, höchstens auf die Summe, die der Beklagte zu leisten im Stande ist, erkennen.

Die condemnatio kann ersetzt werden durch eine pronuntiatio, und zwar geschieht dies in den formulae praejudiciales. Durch eine solche wird der Richter nicht angewiesen, eine Verurtheilung zu einer vom Beklagten zu machenden Leistung, sondern lediglich sein Urtheil über das Vorhandensein eines rechtlichen oder thatsächlichen, aber rechtlich erheblichen Zustandes auszusprechen, z. B. an aliquis liber sit, an aliquis libertus sit, an uxor sit, an filius sit, an praedictum sit, an bona jure venierint, quanta dos sit. Diese Beispiele zeigen, daß die formulae praejudiciales vorzugsweise der richterlichen Feststellung des personenrechtlichen status dienten. Der Ausspruch des Richters hieß in diesen Fällen pronuntiatio, weshalb die Formel beispielsweise dahin lautete: Si paret Pamphilum Ai. Ai. esse ex jure Quiritium, qua de re agitur, judex, eum videri, si non paret, eum non videri pronuntia. Da die pronuntiatio regelmäßig nur der Vorbereitung weiterer Rechtsverfolgung dient, für diese aber auch maßgebend ist, so heißt das Verfahren praejudicium und die Formel praejudicialis. Dieselbe nimmt nicht auf das Vorhandensein eines die Parteien verbindenden rechtlichen Verhältnisses Bezug, weshalb die intentio in rem geht.

Die einzelnen hier genannten Formeltheile wurden mit den Erweiterungen und Zusätzen, deren man zu bedürfen glaubte, in einem Satze verbunden, welcher mit der demonstratio begann, dann die mit dieser verknüpfte intentio enthielt und mit der condemnatio endete. Diesem Satze aber ging die Ernennung des oder der Richter voran. Eine Formel, die alle Bestandtheile enthielt, war z. B. folgende:

Octavius judex esto. Quod Ao. Ao. cum No. No. fundus Titianus communis est, quo nomine A. A. Num.

Digitized by Google

Num. communi dividundo provocavit, qua de re agitur (demonstratio), quantum paret ob eam rem alteri ab altero adjudicari alterumve alteri condemnari oportere ex fide bona (intentio), tantum, judex, alteri ab altero adjudicato (adjudicatio) tantique alterum alteri condemnato, si non paret absolve (condemnatio). Dagegen enthält folgende Formel:

Oct. j. e. Si paret, fundum Cornelianum Ai. Ai. esse ex jure Quiritium qua de agitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, Num. Num. Ao. Ao. condemna, si non paret, absolve, keine demonstratio, eine intentio in jus concepta und eine condemnatio incerta.

§ 37. Die im vorigen Paragraphen mitgetheilte Gliederung der Formel war noch nicht geeignet, allen Rechtsschutzbedürfnissen zu genügen, insbesondere wurde denjenigen des Beklagten nicht voll Rechnung getragen. Indessen besaß sie eine Elasticität, die auch der verschiedenartigsten Gestaltung der Rechtsverhältnisse Genüge zu leisten im Stande war. Sie wurde dieser Anforderung insbesondere gerecht durch Zusätze, die sie in sich aufnahm.

1. Das arbitrium de restituendo, exhibendo, solvendo, noxae dedendo war ein der Formel gegebener Zusatz, durch welchen dem judex die Ermächtigung ertheilt wurde, dem Beklagten die Leistung des ursprünglichen und wahren Streitgegenstandes aufzugeben und erst im Falle des Ungehorsams des Beklagten dessen Verurtheilung zu einer Geldsumme auszusprechen. Eine so erweiterte Formel lautete z. B.: Si paret, fundum Cornelianum Ai. Ai. esse ex jure Quiritium, quo de agitur, si non No. No. jus utendi fruendi eo fundo est neque fundus Ao. Ao. arbitrio tuo restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam, judex, Num. Num. Ao. Ao. condemna, si non paret, absolve. Dieser Vorbescheid des Richters ist keine sententia und nicht vollstreckbar, denn er enthielt keine condemnatio, d. i. Verurtheilung auf Geld. Da er nichtsdestoweniger die intentio für begründet erklärte, so lag in ihm ein das klägerische Recht feststellender Ausspruch des Richters (eine pronuntiatio). Der Prozeß konnte und sollte damit sein Ende erreicht haben. Kam der Beklagte dem arbitratus nicht nach, so galt er als contumax und mußte sich nunmehr die Geldkondemnation gefallen lassen. Die Art, wie der Richter zu dieser gelangte, übte einen Druck auf den Beklagten zu freiwilliger Erfüllung des arbitratus aus:

Digitized by Google

der Richter konnte nämlich dem Kläger die eidliche Schätzung seines Interesses überlassen, ihm dabei vor der Eidesleistung eine unüberschreitbare Grenze ziehen (juramentum cum taxatione) oder nach der Eidesleistung die beschworene Summe herabsetzen, in jedem Falle handelte er mit voller Freiheit. Hierin allein schon lag eine Strafe für den Ungehorsam des Beklagten, die recht empfindlich dann wirkte, wenn der Richter zu einer das wahre Interesse übersteigenden Summe verurtheilte oder der Beklagte in Folge der Condemnation der Infamie verfiel. Dafür hatte der Beklagte, der den arbitratus befolgte, den Anspruch auf Freisprechung.

Dieses Nachverfahren über das Interesse wegen Nichterfüllung des klägerischen Anspruchs nach vorangegangener Entscheidung über das Recht des Klägers fand bei den verschiedensten Klagen statt, welche auf ein restituere, exhibere, noxae dedere gerichtet waren, sowie auch bei der actio hypothecaria und der a. de eo quod certo loco, bei welch letzteren der arbitratus auf Zahlungsleistung gerichtet war.

2. Andere Zusätze dienten entweder dem Zwecke, den Anspruch genauer zu bezeichnen, als der Hinweis der demonstratio es vermochte, oder dazu, Vorbehalte zu Gunsten des Beklagten zu machen.

a. Zusätze ersterer Art sind die praescriptiones. Diese treten entweder neben oder an die Stelle der demonstratio und entlehnen ihren Namen von ihrer regelmäßigen Stellung vor den ordentlichen Formeltheilen.

Neben die demonstratio traten Präskriptionen, welche den Zweck hatten, im Interesse des Klägers die Consumtion seines Rechtes zu verhindern. Wenn der Kläger nämlich nur einen Theil seines Anspruches einklagen wollte oder, wie z. B. bei Renten- und Zinsforderungen, nur die jetzt fällige Rate einklagen konnte, so ging nach der strengen Consequenz der Grundsätze von der Consumtion das ganze klägerische Recht zu Gunsten des condemnari oportere auf jenen Theil unter, eine Folge, die nur durch eine in die Formel selbst aufgenommene Protestation abgewendet werden konnte. Aeußerlich als Erweiterung der demonstratio auftretend, enthält eine derartige praescriptio in Wahrheit eine Einschränkung der demonstratio und der intentio, indem sie durch Worte, wie: cujus rei dies fuit oder ea res agatur tantundem de .. andeutet, daß der Kläger nicht Urtheil begehre über sein ganzes Recht, sondern nur über denjenigen Theil desselben, den er gegenwärtig ver-

Digitized by Google

folgen könne oder wolle. Z. B. Quod A. A. de No. No. incertum stipulatus est (demonstratio) modo cujus rei dies fuit (praescriptio, die fällige Rate bezeichnend), quidquid ob eam rem u. s. w.

Auch zu Gunsten des Beklagten (pro reo) wurden derartige Zusätze in die Formel aufgenommen.*) Bekannt ist uns die praescriptio praejudicii,**) welche bezweckt, den Prozeß oder wenigstens das Urtheil zu verhindern, wenn durch dasselbe der Entscheidung eines größeren oder wichtigeren Rechtsstreits vorgegriffen würde, z. B. wenn der Kläger einen einzelnen Nachlaßanspruch gegen einen Beklagten erhebt, der das Erbrecht des Klägers bestreitet, in welchem Falle eine praescriptio ne praejudicium fiat hereditati in die Formel aufgenommen wird; ferner die praescr. rei judicatae, transactionis. Diese Präskriptionen sind in späterer Zeit in die Formel selbst eingerückt worden und sind dadurch zu exceptiones geworden. Vielleicht ist die Vermuthung begründet, daß man in jener älteren Zeit den Richter durch die Stellung der praescriptio dazu veranlassen wollte, über den Inhalt der praescriptio vorab zu verhandeln und eventuell den Erlaß eines über den Anspruch entscheidenden Urtheils zu versagen.

An die Stelle der demonstratio tritt eine praescriptio, wenn jene nicht ausreichen würde, den Richter über den Klagegrund vollständig zu unterrichten. Dieser Fall ist dann gegeben, wenn der Gewalthaber aus einem von der gewaltunterworfenen Person geschlossenen Geschäfte eine actio certa (bei welcher die demonstratio wegfällt) anstrengt, wenn eine Rechtsnachfolge eingetreten ist, wenn gegen den accessorischen Schuldner geklagt wird, namentlich aber dann, wenn der Klage ein Innominatkontrakt zu Grunde liegt. Denn während es sonst in der demonstratio nur des einfachen Hinweises auf das civilrechtliche Geschäft bedurfte, aus dem der Anspruch hergeleitet wurde und dessen Begriff dem Richter so gut bekannt war wie dem Prätor, fehlte es hier an einem so inhaltreichen Namen, es mußte deshalb der Inhalt des konkreten Vertrages an Stelle der demonstratio an die Spitze der Formel gestellt werden. Die Klage auf Erfüllung eines Innominatkontraktes hieß deshalb actio praescriptis verbis. Z. B. Ea res agatur, quod A. A. No. No.

*) Bülow: de praejudicialibus exceptionibus. 1863. Derselbe: Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen. 1868.
**) Gajus IV, 133. l. 16 D. de exc. 44, 1.

Digitized by Google

decem ea lege dedit, ut Stichum servum suum manumitteret, quidquid paret ob eam rem u. s. w., oder: Quod A. A. No. No. Stichum servum aestimatum vendendum dedit, qua de re agitur, quidquid etc.

b) Die zu Gunsten des Beklagten in der Formel gemachten Vorbehalte heißen exceptiones.*) Die Formel knüpft nämlich die Verurtheilung des Beklagten nur an die positive, mit den Worten: si paret eingeleitete Bedingung, daß die Voraussetzungen des Klageanspruches (der intentio) gegeben seien. Der Beklagte hatte also auf Freisprechung nur dann zu rechnen, wenn eine der Klagebedingungen nicht eingetreten oder hinterher (d. h. noch vor Ertheilung der formula) wieder weggefallen war. War demnach eine Thatsache eingetreten, welche das früher vorhanden gewesene klägerische Recht aufzuheben geeignet war, so bedurfte es eines besonderen Vorbehaltes in der Formel, durch den der Richter angewiesen worden wäre, diese Thatsache zu berücksichtigen, nicht, denn dann hatte der Kläger zur Zeit der Litiskontestation das geltend gemachte Recht nicht (mehr), die Bedingung si paret, war also nicht vorhanden, und die Folge war die Freisprechung des Beklagten. Die große Zahl derjenigen Thatsachen, die das klägerische Recht bestehen ließen und nur seine Durchführung gegen den Beklagten hinderten, mußten bei der positiven Fassung der Condemnationsbedingung unberücksichtigt bleiben. Wie wenig sich das mit einer gerechten Handhabung des Rechts vertragen hätte, bedarf keiner Ausführung; es sei nur darauf hingewiesen, daß der Prätor sein Amt auch corrigendi juris civilis gratia ausüben durfte, also die Macht hatte, einem auf Civilrecht gegründeten Anspruche die Durchführung zu versagen, wenn dies die Lage des Falles gebot. Das Mittel hierzu war die Aufnahme einer zweiten, aber negativ gefaßten Bedingung in die Formel. Der Sinn der letzteren war daher der: Der Richter soll verurtheilen, wenn die Klagevoraussetzungen vorhanden sind, es sei denn, der Beklagte . . . . Die zweite (negative) Bedingung bildete also einen Vorbehalt, eine Ausnahme, eine exceptio. Gaius sagt deshalb (IV,

*) Hierüber eine sehr zahlreiche Literatur. Bekker: Prozessualisch Consumtion. 1853, S. 93 ff. Derselbe: Aktionen 1873 II, S. 22 ff. Eisele: Die materielle Grundlage der exceptio. 1871. Derselbe: Compensation. 1876. §§ 7—9. Lenel: Ursprung und Wirkung der Exceptionen. 1876. Pernice: Labeo. 1878. S. 126 ff. Schultze: Privatrecht und Prozeß. S. 273 ff.

Digitized by Google

119) von ihr: conditionalem facit condemnationem, und Ulpian nennt sie (l. 2 pr. D. de exc. 44, 1): exclusio quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.

Der Magistrat hatte seiner Aufgabe im Prozeß zufolge die Pflicht, diejenigen Thatumstände als exceptio zu behandeln, welche nach Civilrecht berücksichtigt werden mußten, und die Befugniß, diejenigen exceptiones zu geben, deren Zulassung zur Anwendung von ihm gebilligter Rechtsgrundsätze führte. Diese letzteren exceptiones waren entweder ein für allemal im album praetoris angekündigt (Gaius IV, 118) oder wurden nach der besonderen Lage des Falles erst gebildet. In jedem Falle konnte der Prätor durch die exceptio den Richter mit der Prüfung und Feststellung eines dem Beklagten zustehenden Rechts und daher mit der selbständigen Beurtheilung der rechtserheblichen Thatsachen oder nur mit der Feststellung bestimmt bezeichneter Thatumstände beauftragen, es gab also auch exceptiones in jus und in factum conceptae. So konnte z. B. die Verurtheilung des Beklagten auf die rei vindicatio von dem Vorbehalte abhängig gemacht werden, daß nicht dem Beklagten an der vindicirten Sache ein Pfandrecht zustehe (exc. in jus c.) oder daß der Beklagte nicht impensae necessariae gemacht habe oder daß er nicht mit dem Kläger ein pactum de non petendo geschlossen habe (exc. in factum c.). Die exceptio kann sich ferner auf Privatrecht (Ususfruktus oder Retentionsrecht an der vindicirten Sache, Servitut gegenüber der a. confessoria) oder auf Prozeßrecht (z. B. auf das Recht des Beklagten, vor dem zuständigen Richter belangt zu werden) stützen, sie kann eine peremtoria sein, d. h. eine solche, welche der Klage zu allen Zeiten und an allen Orten entgegensteht, oder eine dilatoria, welche vermieden würde, wenn zu einer anderen Zeit oder an einem anderen Orte geklagt würde.

Von besonderer Wichtigkeit war die exceptio doli.*) Diese stand dem Beklagten nicht blos dann zur Seite, wenn der Kläger bei Begründung des jetzt streitigen Rechtsverhältnisses einen Betrug begangen hatte (exc. doli praeteriti oder specialis), sondern auch dann, wenn die Klageerhebung ein Unrecht war (ex. doli praesentis oder

*) Hänel: Archiv für civ. Praxis, Bd. 12, S. 422 ff. Pernice: Labeo S. 112 ff.

Digitized by Google

generalis). Da für die letzteren ein bestimmter Thatbestand fehlte, so wurde sie zur Geltendmachung jedweden Thatumstandes benutzt, der die Klageerhebung als ein unrechtmäßiges Verlangen erscheinen ließ. Die Formelworte: si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat waren geeignet, als Einkleidung auch jeder anderen exceptio zu dienen, sie enthielten daher die Befreiung des richterlichen Ermessens von den sonst durch die Formel gezogenen Schranken. War aber in der Formel gesagt: quidquid . . . . . ex fide bona dare oportet, so lag schon hierin jene Vollmacht, die dem Richter in andern Fällen durch die oben mitgetheilte exc. doli gegeben war, es bedurfte daher nicht noch der Aufnahme dieser in die Formel, was durch den Rechtssatz ausgedrückt wurde: bonae fidei judiciis exceptio doli inest.

Stellte der Kläger der exceptio einen Thatumstand entgegen, welcher dieselbe in ihrer Wirksamkeit hinderte, so wurde dieser in Gestalt einer replicatio in die Formel aufgenommen, dieser wieder konnte eine duplicatio entgegentreten.

§ 38. Die Elasticität der Formel zeigte sich ferner in ihrer Fähigkeit, auf Verhältnisse übertragen zu werden, für welche sie ursprünglich nicht vorgesehen war.

a. Sie konnte nämlich so gefaßt werden, daß in der intentio andere Rechtssubjekte genannt wurden als in der condemnatio. Dann war dem Richter der Auftrag ertheilt, zwar das ursprüngliche Rechtsverhältniß zu untersuchen und festzustellen, zu verurtheilen aber eine andere Person oder zu Gunsten einer anderen Person als in jenem Verhältnisse ursprünglich gestanden hatte. Diese Veränderung der subjektiven Beziehung des Rechtsverhältnisses trat ein im Falle der Abtretung eines Anspruches, im Falle der Stellvertretung (s. unten § 61), im Falle der sog. actiones adjecticiae qualitatis und endlich bei den Klagen des bonorum emtor. Beispiele sind: Si paret Titium magistrum Ao. Ao. sestertium decem milia dare oportere, judex Nm. Nm. exercitorem Ao. Ao. condemna, und ferner: Si paret Nm. Nm. P. Maevio sestertium decem milia dare oportere, judex Nm. Nm. Ao. Ao. S. X. M. condemna. So wurden auf dem Umwege durch die prozessualische Einrichtung der formula civilrechtliche Grundsätze (freiwillige Stellvertretung, direkte Stellvertretung, Cession) eingeführt.

Digitized by Google

b. Dasselbe geschah, indem man durch Fiktionen die objektiven Bedingungen der Formelertheilung erweiterte.*) Die Fiktion behandelt eine Thatsache als wahr, obwohl sie ihre Unwahrheit kennt, oder als unwahr, obwohl sie ihre Wahrheit kennt. Die Verwerthung der Fiktion in der Formel mußte also dazu führen, eine einmal für ein bestimmtes Verhältniß in Aussicht gestellte Formula auch bei einem anderen Sachverhältniß zu gewähren, den knappen civilrechtlichen Grundsätzen also eine erweiterte Anwendung zu geben. So wurde bei der Klage des oder gegen den bonorum possessor in die Formel die Fiktion aufgenommen: si heres esset, d. h. es wurde dem Richter der Auftrag gegeben, die Klage so zu behandeln, als ob der, der sie erhob oder gegen den sie erhoben wurde, civilrechtlicher Erbe wäre; in der formula Publiciana wurde die Fiktion aufgestellt, die Ersitzungszeit sei bereits abgelaufen, der Eigenthumserwerb also vollendet; wenn ein capite minutus Prozeßsubjekt war, erschien in der Formel die Fiktion: si capite minutus non esset. Aus diesen Beispielen geht hervor, daß Rechtsinstitute wie das prätorische Erbrecht und die Tradition als Eigenthumserwerbshandlung dem Formularprozeß ihre rechtliche Anerkennung verdanken. Die Formel lautet bei der actio Publiciana: Si quem hominem A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, si eum hominem de quo agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret, neque eum hominem N. arbitrio tuo restituetur etc. . . .

§ 39. Welche Wichtigkeit die intentio im Verhältniß zu den andern Formelbestandtheilen hatte, zeigt sich besonders deutlich an dem Einflusse, den Fehler der formula ausübten.

War in der demonstratio nicht der richtige Klagegrund angegeben, so mußte die Freisprechung des Beklagten erfolgen, denn die geltend gemachte Forderung stellte sich dann als eine andere heraus, als die, welche (vielleicht) thatsächlich bestand. In judicium deducirt war aber nur die bestimmt in der Formel bezeichnete Forderung, es stand daher der Erhebung der andern, auf einen andern Grund gestützten Klage kein Hinderniß entgegen. Falsa demonstratione res non perimitur. Nach dem Zeugnisse von Gajus (IV, 58—60) wird dasselbe gegolten haben, wenn die demonstratio ein plus oder ein minus enthielt.

Wenn die condemnatio ein plus enthielt, so konnte der Beklagte sich durch den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in

*) Gajus IV, 34—38, 80, 86, 87. III, 84.

Digitized by Google

den vorigen Stand schützen, dagegen stand dem Kläger ein Schutzmittel gegen ein minus nicht zu (Gajus IV, 57).

Wird in der intentio zu wenig begehrt, so kann der Kläger den Rest zwar mit einer neuen Klage nachfordern, doch stand seiner noch während derselben Prätur erhobenen Nachklage die dilatorische exceptio litis dividuae entgegen.*) Enthält die intentio aber eine plus petitio, so geht der ganze Anspruch, auch soweit er begründet ist, verloren. Denn der Richter hat nur dann zu verurtheilen, wenn der in der intentio angegebene Anspruch besteht, er muß bei einer plus petitio den Beklagten also völlig lossprechen. Da nun der Anspruch des Klägers in judicium gelangt und dadurch konsumirt worden ist, so kann auch eine neue Klage nicht mehr erhoben werden. Eine plus petitio kann aber in vierfacher Weise vorkommen: pl. p. re ist die Forderung eines größeren Gegenstandes, p. p. tempore ist die verfrühte Klageerhebung, p. p. loco ist das Verlangen nach Leistung an einem anderen Orte als an welchem geleistet werden soll, p. p. causa ist das Begehren, daß in anderer Art und Weise geleistet werde als geleistet werden soll (z. B. der Kläger fordert von alternativ bestimmten Leistungen die eine, ohne dem Beklagten die Wahl zu lassen). Wenn jedoch in der intentio etwas anderes verlangt wird, ohne daß dieses Verlangen als eine plus petitio angesehen werden dürfte, so muß zwar wie bei einem gleichen Fehler der demonstratio Lossprechung des Beklagten erfolgen, aber auch hier wird der wirklich begründete Anspruch durch Erhebung jenes von ihm verschiedenen nicht konsumirt.

§ 40. Es kann vorkommen, daß in demselben Prozesse an Stelle der alten eine neue Formel gegeben wird. Eine objektive Aenderung darf durch diese translatio judicii**) nicht herbeigeführt werden; sie ist aber dann geboten, wenn in den Personen, welche die Formel nennt, eine Aenderung eintreten soll oder muß: also z. B. wenn der Richter stirbt oder durch Krankheit an der Ausübung seines Amtes verhindert wird, wenn er erklärt, sibi non liquere, ferner wenn eine Partei im Laufe des Verfahrens in judicio stirbt, wenn ein Vertreter eintreten oder wegfallen soll.

*) Einen andern Fall betrifft die exc. litis residuae: sie steht dem entgegen, der gegen denselben Beklagten mehrere Ansprüche hat und den zweiten während derselben Prätur erhebt, unter welcher der erste erhoben worden. Gajus IV, 122.

**) Keller: § 68. v. Bethmann-Hollweg II, S. 451 ff.

Digitized by Google

b. Die Litiskontestation.*)

§ 41. Die Litiskontestation ist oben (§ 29) für den Legisaktionenprozeß als die formale Erklärung des Streitwillens der Parteien bezeichnet worden. Da im Formularprozeß die Parteien zum Streitgegenstande nicht mehr durch förmliche Erklärungen Stellung nehmen, sondern ihre Anträge und Anführungen formlos an den Prätor richten und diesem die Zusammenstellung der Formel überlassen, so hat sich bei der Aufhebung des alten Prozesses in dem Wesen der Litiskontestation scheinbar eine Wandlung vollzogen, und in der That ist die Meinung weit verbreitet, die Litiskontestation im Formularprozeß sei nicht mehr eine prozessualische Handlung, sondern bezeichne nur den „ideellen Endpunkt" (so Keller) des Verfahrens vor dem Magistrat. Allein so wenig der Formularprozeß in dem Wesen der magistratischen Funktionen eine Aenderung herbeiführte, so wenig hat er auch die Natur der Litiskontestation geändert. Es hat nur der Kreis der anwendbaren Rechtssätze eine Erweiterung und eine in das Ermessen der Magistrate gestellte Erweiterungs*fähigkeit* erfahren. Die Folge davon mußte sein, daß sich das Amt des Magistrates, die Anwendung staatlich anerkannten Rechtes zu hüten, aus einer stillschweigenden Billigung in eine ausdrückliche Festsetzung verwandelte. Das Recht der *Parteien*, ihr Streitverhältniß einem Urtheile zu unterwerfen, das jene Rechtsgrundsätze zur Anwendung bringen mußte, oder vom Streite abzustehen, ist durch die Prozeßreform nicht aufgehoben worden. Im Gegentheil ist diese Streitwillenserklärung unumgänglicher Prozeßgründungsakt geblieben und hat den Namen Litiskontestation bewahrt. Sie ging jetzt in folgender Weise vor sich.

Der Kläger machte dem Beklagten bekannt, welchen Anspruch er erheben und welche Formel er gebrauchen werde (editio actionis), ferner richtete er an den Magistrat den Antrag, ihm die bestimmt bezeichnete, im Edikt verheißene oder eine erst nach Lage des Falles neu gebildete Formel (formula oder judicium) zu geben (postulatio actionis). Ueber diesen Antrag fand eine formlose Verhandlung der Parteien vor dem

*) Auch über diesen Gegenstand ist eine sehr zahlreiche Literatur vorhanden. Vgl. namentlich *Keller*: Litiskontestation und Urtheil. 1827. S. 1 ff. v. *Savigny*: System des heutigen röm. Rechts VI (1847), §§ 256—301. Neuestens: *Wlassak*: Die Litiskontestation im Formularprozeß. 1889 (in den Festgaben der Breslauer Jurist. Fakultät für Windscheid.)

Digitized by Google

Magistrat statt, die entweder zu dem Ergebniß führte, daß der Prätor die verlangte Formel und damit die Anordnung gerichtlichen Verfahrens versagte (denegatio actionis) oder ertheilte (datio actionis,-judicii). In dem ersteren Falle konnte wenigstens auf Grund der erbetenen Formel ein Prozeß nicht entstehen, ein Prozeßgründungsakt also gar nicht vorkommen. Im letzteren Falle faßte der Magistrat die Formel so ab, wie es ihm nach den vorangegangenen Verhandlungen nothwendig erschien, und übergab sie dem Kläger. Damit war die Anordnung getroffen, daß wenn die Parteien streiten wollten, die Streitverhandlung nur auf Grundlage dieser formula erfolgen dürfe. Der Kläger erklärte sein Einverständniß mit der formula, indem er sie entgegennahm und dem Beklagten mittheilte, letzterer aber dadurch, daß er diese Mittheilung ohne Widerspruch hinnahm. Wahrscheinlich wurden wie im Legisaktionenprozeß so auch in der ersten Zeit des Formularprozesses zur Feststellung des beiderseitigen Einverständnisses Zeugen aufgerufen, so daß also auch der Name litiscontestatio seine ursprüngliche Bedeutung behielt.*) Damit hatten sich beide Parteien einem vor diesem Richter auf Grundlage dieser Formel stattfindenden judicium unterworfen. Verweigerte der Beklagte seine Unterwerfung unter das judicium, so wurde dieses selbst vereitelt. Denn wenn nun auch der Prätor dem Kläger die missio in bona ertheilen und auf diese Weise bewirken konnte, daß der Kläger gegen den emtor bonorum denselben Anspruch erheben konnte, den er jetzt gegen den ursprünglich Verpflichteten geltend machte (s. §§ 44, 69), so lag darin doch einerseits nur ein indirektes Zwangsmittel, andrerseits aber eine Maßregel, welche an Stelle des zur Unterwerfung nicht geneigten Beklagten eine andere Person setzte, die von neuem beklagt werden mußte. Die Prozeßbegründung verlangt also ein zweiseitiges Prozeßrechtsgeschäft. Dieses Rechtsgeschäft, welches durch Unterwerfung beider Parteien unter die vom Magistrat verfaßte Formel zu Stande kommt, ist die Litiskontestation des Formularprozesses und besteht darin, daß die Parteien für das unter ihnen streitig gewordene Verhältniß in Zukunft dasjenige richterliche Urtheil als maßgebend erklären, welches auf Grund der ertheilten formula erlassen werden wird.

*) Doch ist das sehr bestritten. Vgl. Wlassak a. a. O. S. 69 ff.

Digitized by Google

Hieraus folgt:

1. für den ernannten Richter die Pflicht, den durch die Formel individualisirten Prozeß zu entscheiden, sich aber an die durch die Formel gezogenen Grenzen zu halten,
2. für die Parteien der prozessualische Anspruch auf ein Urtheil, das die gegebene Formel zur Grundlage nehme, und folgeweise der Ausschluß eines anderen judicium auf der Grundlage einer anderen Formel.

Die Litiskontestation hat also das diese Parteien und diesen Richter ergreifende Prozeßrechtsverhältniß begründet. Sie hat aber auch die vorstehend unter 2 angedeutete Consumtion bewirkt.

§ 42.*) Die konsumirende Wirkung der Litiskontestation besteht, wie im vorigen Paragraphen angedeutet ist, in dem Ausschluß einer anderen formula und folgeweise eines anderen judicium für denjenigen Anspruch, der Gegenstand der einmal ertheilten formula ist; sie folgt mit Nothwendigkeit aus der rechtlichen Natur der Litiskontestation. Denn wäre diese ein rein privatrechtlicher Vertrag, so würde nichts entgegenstehen, daß die Parteien durch gegenseitige Uebereinkunft von ihm abgehen und ihn erforderlichenfalls durch einen neuen Vertrag ersetzen. Der Vertrag gehört aber dem Prozeßrecht an, er hat den Staat in das von ihm begründete Rechtsverhältniß mit hineingezogen, indem er einen vom Staate ernannten Richter zur Urtheilsfällung verpflichtet und die Bedingung geschaffen hat, unter welcher der Befehl des Magistrates, daß geurtheilt werden solle, erlassen worden ist. Damit ist ein öffentlich-rechtliches Verhältniß entstanden, das der Einwirkung der Parteien entzogen ist.**) Die Litiskontestation hat also bewirkt, daß über dasjenige Streitverhältniß, welches durch die Formel individualisirt ist, nur das Urtheil entscheiden kann, welches durch diese formula anbefohlen ist. Der Grundsatz: ne bis de eadem re sit actio, der schon im Legisaktionenprozeß gegolten***), ist also nicht aus rechtspolitischen Erwägungen hervorgegangen und hat nicht den Ausgangspunkt für das Rechtsinstitut der Consumtion gegeben, sondern ist seinerseits

*) S. besonders: Bekker: Die processualische Consumtion 1853. Krüger: Die processualische Consumtion. 1864. Eisele: Abhandlungen zum römischen Civilprozeß, S. 1 ff.

**) S. darüber den Allgemeinen Theil. §§ 20, 134.

***) Gajus IV, 108. Quintiliani instit. orat. 7, 6.

Digitized by Google

eine einfache Folge aus dem Wesen der Litiskontestation; und der Ausdruck: actio consumitur, den die Quellen an sehr zahlreichen Stellen brauchen, entspricht durchaus der Natur der Sache, denn mit der Litiskontestation ist die actio als solche in der That verbraucht.*)

Es folgt daraus, daß über denselben Gegenstand, über den nach Inhalt der Formel geurtheilt werden sollte, ein anderes Urtheil nicht begehrt werden darf, gleichviel ob es auf Grund der ersten Formel zu einem Urtheil gekommen ist oder nicht. War die Formel in einem judicium legitimum gegeben, so tritt die Consumtion ipso jure ein, d. h. der Anspruch ist durch die Litiskontestation aufgehoben und wird deshalb in dem neuen Prozesse als ein solcher behandelt, der zur Zeit der Litiskontestation nicht besteht, der also vor dem judex durch Hinweis auf den früheren Prozeß einfach bestritten werden kann; war der erste Prozeß ein judicium quod imperio continetur, so bedarf es in dem neuen Prozesse des Vorbehalts der exceptio rei in judicium deductae, die im Falle, daß thatsächlich geurtheilt worden ist, durch die exceptio rei judicatae ersetzt wird.**)

An die Stelle des verbrauchten Klageanspruches tritt ein Anspruch, welcher begründet worden ist durch denjenigen Vorgang, welcher den ursprünglichen Anspruch verbraucht hat: der prozessualische Anspruch auf Urtheil über den in der Formel zum Ausdruck gebrachten Privatrechtsanspruch, während das Privatrechtsverhältniß, aus dem dieser letztere Anspruch hergeleitet ist, bestehen bleibt. Auch wenn dieser unvererblich war, so geht doch jener aktiv oder passiv auf die Erben über, denn der höchstpersönliche civilrechtliche Anspruch hat nur die Veranlassung zur Schaffung des prozessualischen Anspruches gegeben, dieser letztere aber kann nur durch das Urtheil wieder aufgehoben werden; er unterliegt denn auch einer selbständigen Verjährung (der Prozeßverjährung) von achtzehn Monaten. Die Römer bezeichneten diese Wirkungen als eine Novation,***) eine An-

*) Baron: Inst. § 210 I hält „effektuirt" für richtiger. Mit Unrecht, wie aus der im Text gegebenen Erklärung der Consumtionswirkung folgt.

**) Ueber diese Einreden s. besonders Schwalbach in der Zeitschrift für R.-G. (röm. A.) VII, S. 114 ff. Eisele: Abhandlungen zum röm. C.-P. S. 1 ff.

***) Fragmenta Vaticana 263: ... aut inchoatis litibus novavit. l. 11 § 1 D. de nov. 46, 2.

Digitized by Google

schauung, die nur bei Forderungsrechten Platz greifen kann, aber nach dem Gesagten auch hier nicht zutrifft, weshalb denn auch das römische Recht die einfachen Folgerungen aus der Novationsnatur: daß Pfandrecht und Bürgschaft mit aufgehoben werden, weder ziehen wollte noch konnte.

4. Durch das imperium gewährter Rechtsschutz.

§ 43. Der durch die jurisdictio der Magistrate, also durch Anordnung eines judicium, gewährte Rechtsschutz war keineswegs geeignet, allen Rechtsschutzbedürfnissen Genüge zu leisten. Denn das ordentliche Verfahren mit seiner Trennung von jus und judicium und der abschließenden sententia judicis reichte selbst zur Noth aus, den auf Gesetz oder Edikt gegründeten und in Geld abschätzbaren Ansprüchen zur urtheilsmäßigen Feststellung zu verhelfen. Die nothwendige Ergänzung dieses namentlich unter der Herrschaft des Legisaktionenprozesses recht dürftigen Rechtsschutzsystems fand man in demjenigen Zweige des magistratischen imperium, der neben der jurisdictio übrig blieb und seinem Träger die Macht verlieh, sich unmittelbar an das rechtsuchende Publikum zu wenden und dem Einzelnen Befehle zu geben, die im Wege des Zwanges verwirklicht werden konnten (§ 7). Durch Anordnungen, die dem imperium angehören, wird entweder die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Handlungen ertheilt oder die Verpflichtung zu positivem Thun auferlegt; sie dienen entweder dem Zwecke, das durch Urtheil festgestellte Recht durchzusetzen oder da, wo die Rechtsschutzordnung den Anspruch auf Urtheil versagt, ein ordentliches Prozeßverfahren zu ermöglichen. Die Handhabung dieses Zweiges der magistratischen Amtsgewalt nöthigte ihren Inhaber jedoch in einzelnen Fällen, selbst zu untersuchen und zu entscheiden (cognitio), und bot damit Vorbild und Vermittlung zu einer diese Ausnahmen zur Regel erhebenden Prozeßreform.

Es gehören hierher die missio in possessionem, die restitutio in integrum, die stipulationes praetoriae und die interdicta.

§ 44. Die missio in possessionem*) ist die

*) Keller: Semestria ad M. T. Ciceronem. 1842 p. 44 sqq. Dernburg: Die emtio bonorum. 1850. Gallinger: Der Offenbarungseid des Schuldners 1884. §§ 2, 3.

Digitized by Google

vom Prätor ertheilte Ermächtigung zur Besitznahme entweder des ganzen oder eines Theiles des Vermögens (m. in bona) oder eines einzelnen Vermögensstückes (m. in rem) eines Anderen.

Die m. in bona erfolgt in zahlreichen Fällen rei servandae causa*), d. h. sie bewirkt zunächst nur Sicherung gegen Verbringung von Vermögensstücken und nur unter besonderen weiteren Voraussetzungen Befriedigung der Gläubiger des Herrn jenes Vermögens.

Der wichtigste Fall dieser missio ist die Realexekution. Sie entzieht dem Schuldner Besitz und Verwaltung seines Vermögens zu Gunsten aller seiner gegenwärtigen Gläubiger und führt zur venditio bonorum und damit zur gänzlichen oder theilweisen Befriedigung der Gläubiger aus dem Kaufpreise. (S. darüber § 69).

Der zweite besonders wichtige Fall ist die m. in bona indefensi d. h. desjenigen, der in jure trotz gehöriger Vorladung nicht erscheint oder seine Mitwirkung zur Litiskontestation verweigert. Auch sie führt zur venditio bonorum und schafft dem Kläger im bonorum emtor eine Person, gegen welche er die Klage richten kann. (S. darüber § 77).

In beiden Fällen ruht die Kraft der Maßregel weniger in dem Ziele, das der Gläubiger schließlich auf umständlichem Wege erreicht, als vielmehr in dem Drucke, den die Vermögensentziehung und die mit der venditio bonorum drohende Infamie auf den Schuldner ausübt und ihn zur Vornahme der von ihm verlangten Thätigkeit nöthigt. Unmittelbar dem Zwecke der Befriedigung dient die missio in bona capite minuti und die missio in bona vacantia: die erstere strebt die Befriedigung der Gläubiger eines capite minutus aus demjenigen Theile seines Vermögens, das auf eine andere Person nicht übergegangen ist, die letztere aber die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus einer herrenlosen Erbschaft an.

Ferner erscheint die missio in bona in einzelnen Fällen als Mittel indirekten Zwanges und vorläufiger Sicherung, so die m. legatorum servandorum causa zu Gunsten von Vermächtnißnehmern, welche zur Zeit ihre Ansprüche nicht durchsetzen dürfen und von den Erben nicht freiwillige satisdatio für künftige Erfüllung ihrer Forderungen erhalten haben, ferner hereditatis tuendae causa zum Zwecke der vorläufigen

*) Tit. qua ex causa in poss. 42, 4. (l. 1.)

Digitized by Google

Erlangung des Besitzes eines Nachlasses, auf welchen der Eingewiesene vermuthlich ein gegenwärtig noch nicht feststellbares Recht hat (die m. in b. ventris nomine, ex Carboniano edicto, furiosi nomine, ex edicto D. Hadriani).

Eine missio in rem erfolgt, wenn der Kläger eine dingliche Klage anstellt und der Beklagte im oben genannten Sinne indefensus ist. In diesem Falle wird dem Kläger die Ermächtigung ertheilt, die von ihm in Anspruch genommene Sache in Besitz zu nehmen, und der Beklagte auf diese Weise auf den Weg der Klage und damit der Nachweisung seines besseren Rechts verwiesen.

Ein zweiter Fall ist die missio in rem wegen verweigerter cautio damni infecti. Wer Sicherstellung wegen des gefahrdrohenden Zustandes eines Gebäudes vom Eigenthümer verlangt, aber nicht erhält, wird durch Anordnung des Prätors in den Besitz des Gebäudes eingewiesen (m. ex primo decreto) und erhält, wenn der Eigenthümer trotz Ablaufs einer längeren Frist seiner Cautionspflicht noch immer nicht nachkommt, durch eine zweite Verfügung des Prätors das bonitarische Eigenthum jenes Gebäudes (m. ex secundo decreto).

In den sämmtlichen hier genannten Fällen versagte der durch den ordo judiciorum gegebene Schutz, in dem ersten Falle schon aus dem Grunde, weil dieser Schutz erschöpft war, in dem zweiten, weil ohne Mitwirkung des Beklagten ein judicium überhaupt nicht zu Stande kommen konnte, in allen anderen Fällen aber, weil entweder gar kein Rechtsstreit vorhanden oder ein solcher zur Zeit unzulässig war. Aber die Missionsbefugniß bedurfte auch ihrerseits der Ergänzung. Denn der missus mußte gegen den Widerstand seines Gegners geschützt sein. Diesem Zwecke dienten Interdikte (interd. ne vis fiat ei qui in poss. missus est), später actiones in factum, endlich die unmittelbar auf Erlangung des geforderten Gegenstandes gerichtete sog. Spezialexekution.

§ 45. Die restitutio in integrum*) ist die durch einen Beamten mit imperium bewirkte Aufhebung eines durch das Recht selbst geschaffenen Zustandes, dessen Fortdauer als eine Unbilligkeit erscheint, durch die Wiederherstellung des früheren

*) v. Savigny: System d. heut. r. R. Bd. 7 §§ 315 ff. v. Bethmann-Hollweg II, S. 740 ff. Keller: §§ 79, 80. Rudorff: Zeitschrift für R.-G. (röm. A.) 4 S. 88 ff. Bekker: Aktionen Bd. 2, S. 74 ff.

Digitized by Google

Rechtszustandes. Es handelt sich hier um Fälle, in denen die konsequente Durchführung des Rechtsprinzips eine Schädigung (laesio) herbeigeführt hat, in denen also die Rechtsschutzordnung versagt, für welche daher eine außerordentliche Hilfe geschaffen werden muß (auxilium extraordinarium im Gegensatz zu den auxilia communia d. i. den Klagen und Einreden). Die Gewährung dieser Hilfe konnte nur von dem mit imperium bekleideten Magistrat ausgehen, da er allein die Macht hat, auf einen konkreten Fall einen Grundsatz als vom Staate gewolltes Recht zur Anwendung zu bringen, obwohl derselbe mit der allgemeinen Rechtsregel im Widerspruch steht. Die Fälle, in denen die Restitution gewährt wurde, standen nicht fest und konnten nicht feststehen, da die Frage, ob eine Läsion eingetreten und ob sie die Folge formell korrekter Rechtsanwendung sei, von der Lage des einzelnen Falles abhängt. Der Magistrat entscheidet daher über die erbetene Restitution nach freiem Ermessen und nach vorheriger eigener Untersuchung der Voraussetzungen, von denen er die Restitution abhängig macht. Diese sind

a) ein Rechtsnachtheil, zu dessen Beseitigung die ordentlichen Rechtsbehelfe nicht ausreichen (die laesio),

b) ein Grund, der die Gewährung der Restitution als billig erscheinen läßt. Die Restitutionsgründe gehören in die Darstellung des Civilrechts. Die wichtigsten waren: Zwang, Betrug, Irrthum, Minderjährigkeit, Abwesenheit, doch schließen diese Fälle die Restitution in andern Fällen nicht aus, noch besteht beim Vorliegen eines dieser Gründe ein Anspruch auf die Wiedereinsetzung.

Das Verfahren, das der Prätor einschlägt, kann verschieden sein. Er kann die Restitution dadurch bewirken, daß er nach vorangegangener causae cognitio durch Dekret eine Handlung gebietet oder selbst vornimmt, welche die Herstellung des früheren Zustandes unmittelbar zur Folge hat, oder dadurch, daß er ein judicium anordnet, welches nach strengem Recht nicht hätte stattfinden dürfen. Den ersteren Weg schlägt er ein, indem er z. B. durch Dekret entscheidet, daß der, der eine von einem Minderjährigen veräußerte Sache besitzt, dieselbe dem Minderjährigen zurückzugeben hat, oder daß er eine in Folge Irrthums unpassend gewählte oder mangelhaft abgefaßte

*) l. 13 § 1 D. de minor. 4, 4.

Digitized by Google

Formel richtig stellt.*) Den letzteren Weg wählt er durch Gewährung der actio oder exceptio, die in Folge des Restitutionsgrundes nach der Rechtskonsequenz untergegangen sein würde. Das neue judicium heißt dann restitutorium oder rescissorium.

§ 46. Stipulationes praetoriae**) sind Stipulationen, die von den Parteien auf Anordnung des Prätors geschlossen werden. Ihrer äußeren Gestalt nach Verträge, waren sie ihrem Wesen nach Entschließungen des Prätors, auf dem Umwege durch Begründung vertragsmäßiger Berechtigungen neue Klagerechte zu schaffen.

Als Formalkontrakt bot die Stipulation ein zur Erreichung dieses Zweckes wohl geeignetes Mittel, und da sie in diesem Falle den Erfolg hatte, ein Klagerecht zu schaffen, das an sich nicht bestand, ohne das aber eine Schädigung hätte eintreten müssen, nennt man sie cautio. Pomponius nennt sie schlechthin stipulatio praetoria***) (so auch Inst. III, 16), Ulpian stipulationes cautionales†). Auf Antrag der Partei, welcher nach ihrer Behauptung ein Anspruch auf die Stipulation zusteht, ladet der Magistrat den Gegner zur Verhandlung, untersucht und entscheidet auf Grund derselben, ob der Antrag begründet ist oder nicht, und ordnet im ersteren Falle den Abschluß der Stipulation an. Weigert sich der von dem Dekret Betroffene, der Anordnung nachzukommen, so kann sie durch pignoris capio oder missio in bona erzwungen werden.

So verdanken z. B. die cautio damni infecti und die cautio usufructuaria ihre Entstehung dieser Art der Ergänzung des Rechtsschutzsystems: in beiden Fällen würde ein klagbarer Anspruch auf Ersatz des wirklich eingetretenen Schadens nicht bestanden haben, da die lex Aquilia nicht anwendbar war. War die Stipulation geschlossen, so war die actio ex stipulatu gegeben.

§ 47. Interdicta††) sind bedingte, auf Antrag einer

---

*) L. 46. § 3 D. de procur. 3, 3.

**) Schirmer über die prätor. Judicialstipulationen 1853. Bekker: Aktionen II, S. 35 ff. Keller: § 77, 22.

***) L. 5 pr. D. de V. O. 45, 1.

†) L. 1. D. de stip. praet. 46, 5.

††) Schmidt: Das Interdiktenverfahren. 1853. Lenel: Das edictum perpetuum. 1883, S. 356 ff. Pferfche: Die Interdikte des römischen Civilprozesses. 1888.

Digitized by Google

Partei an die andere erlassene Befehle des Prätors, eine bestimmte Handlung vorzunehmen (decreta) oder zu unterlassen (interdicta im engeren Sinne). Auch sie waren dazu bestimmt, Rechtsschutzbedürfnisse zu befriedigen, denen der ordo judiciorum nicht entsprechen konnte, um so weniger als dieser nur mit einer auf Geld lautenden sententia endigen konnte, also alle diejenigen Rechtsinteressen unbefriedigt lassen mußte, welchen mit einer Geldabfindung nicht gedient war. Die Interdikte sind schon zur Zeit des Legisaktionenprozesses in Brauch gewesen und waren damals vielleicht unbedingte, nach vorangegangener Untersuchung erlassene Entscheidungen. Jedenfalls treten sie in der Zeit, in welche unsere Kenntniß zurückreicht, als bedingte Erlasse auf: der Prätor untersucht nicht selbst die Wahrheit der Thatsachen, die der Antragsteller behauptet, er kann daher das Interdikt nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung aussprechen, daß die thatsächlichen Angaben des Antragstellers wahr seien. Die Untersuchung, ob diese Voraussetzung zutrifft, m. a. W. die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Interdikts, gebührt dem Richter. Um nun aber ein richterliches Verfahren, ein judicium, zu ermöglichen, greift man zur sponsio: die Parteien wetten, daß eine bestimmte Behauptung wahr, die gegentheilige unwahr sei, die Wette trifft hier die thatsächliche Voraussetzung des Interdikts und wird in Form der sponsio geschlossen, aus dieser sponsio wird dann geklagt, es wird judicium angeordnet, und das Urtheil entscheidet mittelbar die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Interdikts.

Wie alle prätorischen Rechtsschutzmaßregeln, so waren auch die Interdikte im Edikt vorgesehen. Daß man mit einem Interdikt rasch zum Ziele gelangen konnte und in dem nachfolgenden richterlichen Verfahren eine strenge Kontrolle der thatsächlichen Rechtmäßigkeit der einstweiligen Anordnung in der Hand hatte, gab den Interdikten ein weites Anwendungsfeld in allen Gebieten des Rechts. Ulpian theilt sie in der l. 1 pr. D. de int. 43, 1 ein in interd. de divinis rebus und de humanis, die divina betreffen res sacrae und res religiosae; interdicta de rebus humanis redduntur aut de his, quae sunt alicujus aut de his quae nullius sunt (z. B. das i. de libero homine exhibendo); quae sunt alicujus, sunt aut publica aut singulorum, publica: de locis publicis, de rivis deque fluminibus publicis; quae autem singulorum sunt aut ad universitatem pertinent,

Digitized by Google

ut int. quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interd. uti possidetis de itinere actuque privato. Nach einem andern Eintheilungsgrunde sind sie exhibitoria, prohibitoria, restitutoria (l. 1 § 1 h. t.), endlich werden sie (von Paulus in l. 2 h. t.) eingetheilt in simplicia und duplicia. Die erste Eintheilung beweist nichts als die große Zahl der möglichen Interdikte, prozessualisch wichtig sind nur die letzten beiden Eintheilungen. Die exhibitorischen verlangen eine Herausgabe, die restitutorischen die Wiederherstellung eines früheren Zustandes und die prohibitorischen ein Unterlassen. Von den Besitzinterdikten sind das de vi und de precario restitutorisch, das uti possidetis und utrubi prohibitorisch. Interdicta simplicia werden nur auf Antrag einer Partei an die andere erlassen, so daß die betheiligten Personen einander wie Kläger und Beklagter gegenüberstehen. Interd. duplicia aber werden auf Antrag jeder der beiden Parteien an die andere gerichtet, so daß jeder sowohl Kläger als Beklagter ist. Ein int. simplex ist das de vi; es lautete: Unde tu aut familia aut procurator illius illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi dejecisti, quum ille possideret, quod nec vi nec clam nec praecario a te possideret, eo restituas. Der Antragsteller, der des Besitzes entsetzte, ist hier nur Kläger, der Gegner, der Dejiciens, nur Beklagter. Interd. duplex aber ist das uti possidetis, es lautet: Uti nunc possidetis (also beide) eum fundum quo de agitur quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto. Hier wird an beide Theile der Befehl gerichtet, sich der Störung des Besitzes des Andern zu enthalten.

Das Verfahren gestaltet sich nun folgendermaßen.

Derjenige, welcher ein Interdikt beantragen will, ladet den Gegner vor den Prätor in derselben Weise, in welcher im ordentlichen Verfahren geladen zu werden pflegt. Erscheint der Geladene nicht, so treten dieselben Rechtsfolgen ein wie im ordentlichen Prozeß. Sind beide Theile erschienen, so stellt der „Kläger" seinen Antrag und beginnt damit eine an Formen nicht gebundene Verhandlung. Wenn dabei der Beklagte den Anspruch seines Gegners anerkennt und sich bereit erklärt, ihn zu erfüllen, so ist ein weiteres Verfahren unnöthig, und der Erlaß des Interdikts unterbleibt. Streiten die Parteien aber, so spricht der Prätor nach vorangegangener Untersuchung nicht der Wahrheit, sondern nur der Rechtserheblichkeit der vom An-

Digitized by Google

tragsteller vorgetragenen Thatsachen das Interdikt aus, und das Verfahren hat vorläufig sein Ende. Kommt der Beklagte dem Interdikt nach, so ist das Verfahren definitiv beendet. Befolgt er das Interdikt nicht, so wird das Verfahren fortgesetzt. Erklärt der Beklagte sofort, daß er dem Interdikt nicht nachkommen werde, so erfolgt die Fortsetzung noch in derselben Verhandlung, so daß das bisherige mit dem nun folgenden Verfahren auch äußerlich ein Ganzes bildet. Das ist es aber auch dann, wenn die Fortsetzung in einer neuen Verhandlung erfolgt.

Für das weitere Verfahren stehen zwei Wege offen.

Das Verfahren sine periculo besteht darin, daß der Antragsteller den Gegner ladet und daß zum Zwecke der Untersuchung der entscheidenden Thatsachen und zur Aburtheilung über die Rechtmäßigkeit des Interdikts ein arbiter ernannt und eine formula arbitraria erlassen wird. Dieses Verfahren ist offenbar das jüngere, ist in späterer Zeit aber wohl allgemein geworden.

Das Verfahren cum periculo entwickelt sich in der Weise, daß der Antragsteller von seinem in jus geladenen Gegner die Eingehung der oben bezeichneten Wette verlangt. Er behauptet nämlich, daß Seitens des Beklagten gegen die Norm des Interdikts gehandelt worden sei, und verlangt, daß wenn diese Behauptung sich bewahrheite, der Gegner eine Summe zahle: der Beklagte verspricht vor dem Prätor die Zahlung unter der angegebenen Bedingung in Form der sponsio. Aber auch der Kläger verspricht diese Summe für den Fall seines Unterliegens in derselben Form (restipulatio). Handelte es sich um ein prohibitorisches Interdikt und bestand unter den Parteien Zweifel darüber, ob ein bestimmtes Thun von dem Interdikt getroffen sei oder nicht, so konnte der Antragsteller verlangen, daß sein Gegner gerade diese Handlung vornehme, damit ein Urtheil darüber erzielt werden könne, ob die Handlung durch das Interdikt in der That verboten sei. Dieselbe hieß dann vis ex conventu. Die Vornahme dieser Handlung wie das Eingehen der sponsiones war dadurch gesichert, daß der Prätor auf erneuten Antrag ein zweites Interdikt (i. secundarium) erlassen und durch dieses zu Ungunsten der ungehorsamen Partei die Sache endgültig entscheiden konnte. Sind sponsio und restipulatio erfolgt, so wird nun aus diesen geklagt, für beide Prozesse aber wird derselbe Richter bestellt, der zwar durch zwei verschiedene formulae instruirt wird, aber nur über eine einzige Frage

Digitized by Google

entscheidet. Das periculum liegt in dem Verlust der Wettsumme für den, der unterliegt.

Ein besonders verwickeltes Verfahren bewirkte die Duplicität des interdictum uti possidetis.*) Hier wird, wie oben bemerkt, an jede Partei ein Befehl erlassen, die andere nicht zu stören. Streiten die Parteien, so können sie zu einer richterlichen Entscheidung nur dann gelangen, wenn ihnen Gelegenheit geboten wird, sponsio und restipulatio einzugehen. Sie müssen daher, wenn gegen die Interdikte nicht ernstlich gehandelt wird, zum Scheine die vis ex conventu vornehmen. Wenn dann in dem fortgesetzten Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Interdikte verhandelt werden soll, so bedarf es zunächst der Entscheidung darüber, welche Partei während des Besitzprozesses den Besitz haben soll. Die Entscheidung wird durch eine Versteigerung herbeigeführt: welche Partei für den Fall, daß gegen sie entschieden wird, die höhere Summe zu zahlen verspricht (cautio fructuaria), die erhält den Besitz für die Dauer des Prozesses. Dieses Verfahren heißt fructus licitatio. Darauf veranlaßt eine jede Partei die andere zur sponsio (si adversus edictum praetoris possidenti mihi vis abs te facta est, centum dare spondes? Spondeo), darauf eine jede Partei die andere zur restipulatio (si adversus edictum praetoris tibi vis a me facta non est, centum dare spondes? Spondeo). Darauf wird aus allen vier Sponsionen bezw. Restipulationen geklagt und die Entscheidung aller Fragen einem einzigen Richter übertragen. Die Entscheidung hängt indeß nur davon ab, in welchem Sinne der Richter die eine Frage beantwortet, wer zur Zeit des Interdikts fehlerfreier Besitzer war? Die Partei nämlich, zu deren Gunsten diese Frage beantwortet wird, hat nicht contra edictum praetoris gehandelt, deshalb wird sie von der Verpflichtung zur Zahlung der versprochenen Sponsions- und Restipulationssumme freigesprochen, während die unterliegende Partei zur Zahlung der von ihr versprochenen (Sponsions- und Restipulations-) Summe verurtheilt wird. Siegt diejenige Partei, welche bei der fructus licitatio den Besitz erhalten hatte, so behält sie den Besitz, und das Verfahren ist beendet. Siegt die andere Partei, so hat die unterliegende Partei auch noch den Werth des Besitzes und der Früchte und endlich die Licitationssumme, die fructuaria stipulatio, poenae nomine zu zahlen. Wird

*) Gai. IV. 166—170.

Digitized by Google

der Besitz nicht freiwillig dem Sieger eingeräumt und die Stipulationssumme nicht freiwillig bezahlt, so folgt dieserhalb ein weiteres judicium, das sog. judicium Cascellianum sive secutorium. Die Nachtheile des Prozeßverlustes sind also sehr erhebliche.

Es war mithin auch im Interdiktenprozeß wiederum die sponsio, die in Folge ihrer abstrakten Natur ein Mittel bot, zu einer indirekten Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage zu gelangen. Die sponsio war hier aber Straffumme, während sie im eigentlichen Sponsionenprozeß nur die Form war, durch welche hindurch man zum judicium gelangte (s. oben § 34).

B. Das extraordinäre Verfahren und der Prozeß der späteren Kaiserzeit. *)

§ 48. Die Fortentwicklung des römischen Prozeßrechts hat immer an bestehende Einrichtungen angeknüpft. Auch die Umgestaltung, die der Prozeß durch Aufgabe der Trennung von jus und judicium erfuhr, ging von den Rechtsschutzeinrichtungen aus, die auf dem bloßen imperium beruhten und seinem Träger die Befugniß selbständiger Untersuchung und selbständiger Entscheidung gewährten. Jede derartige Thätigkeit der Magistrate hieß cognitio. Da aber auch die Formelertheilung im ordo judiciorum eine cognitio voraussetzte, so wurde jedes magistratische Verfahren, das an den ordo judiciorum nicht gebunden war, extraordinaria cognitio genannt. In der Kaiserzeit jedoch beschränkte sich dieser Name auf diejenigen Fälle magistratischer Cognition, welche auf der Kaisergesetzgebung beruhten,**) und in welchen durch Ausspruch des Magistrates wirkliche Rechtsstreitigkeiten entschieden wurden. Der ordo judiciorum privatorum blieb Anfangs ungeschmälert, denn die extraordinaria cognitio wurde ursprünglich nur in Rechtsangelegenheiten für statthaft erklärt, in denen es sich weniger um die Anwendung von Rechtsgrundsätzen als vielmehr um die Bethätigung der sittlichen Anschauungen der Gesellschaft

*) Namentlich v. Bethmann-Hollweg: R. C.-P. Bd. III. Wieding: Der justinianische Libellprozeß. 1865. Muther in der krit. Vierteljahrsschrift IX, S. 160 ff. 329 ff. Schultze: Privatrecht und Prozeß. S. 533 ff. Baron: Instit. § 220.

**) Hartmann-Ubbelohde ordo judiciorum. S. 493.

Digitized by Google

handelte, bei denen also jedesmal die Prüfung der individuellen Lage gerade dieses Falles geboten war. Die bei Beurtheilung solcher Angelegenheiten zu beobachtenden Gesichtspunkte ließen sich in einer Formel nicht zusammenfassen. Sie konnten daher der Entscheidung eines Richters, der ja Pflicht und Recht nur aus der Formula entnahm, nicht übertragen werden. Hierhin gehörten insbesondere die Honorarforderungen von Aerzten, Advokaten und Lehrern, weil es sich dabei um entgeltlich geleistete operae liberales handelte, so daß weder aus dem Mandat noch aus der locatio geklagt werden konnte, ferner Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern, Patron und Freigelassenen über die gesetzlich zu leistenden Alimente, endlich aber auch Ansprüche auf Auszahlung von Fideikommissen, die nach einer Bestimmung von Augustus nur unter besonderen Verhältnissen eine Pflicht begründen sollten. Allmählich aber ging man dazu über, den Kreis des ordo judiciorum zu beschränken, indem man Sachen, die bisher zur Zuständigkeit der Geschwornengerichte gehört hatten, auf den Weg der extraordinaria cognitio verwies.

Den schließlichen Untergang des Formularprocesses aber mußte das allmählige Aufhören der magistratischen Edikte herbeiführen. Diese hatten die Masse der im gerichtlichen Verfahren anwendbaren Rechtsgrundsätze in fortwährendem Flusse erhalten: alle Jahre wurden neue Edikte erlassen, andere nicht erprobte zurückgenommen, eine große Zahl von Thatbeständen und Verhältnissen verlangte und erhielt rechtliche Anerkennung. Aber die Zahl der ständig wiederholten Edikte wuchs, es bildete sich neben dem dürftigen Civilrecht ein umfassenderes Amtsrecht, mehr und mehr befestigte sich das letztere im Rechtsbewußtsein des Volkes und wurde als eine gleichberechtigt neben dem Gesetz stehende Rechtsquelle aufgefaßt, weshalb man denn auch Kommentare ad edictum schrieb, gleich als ob es einen abgeschlossenen Kreis von feststehenden Rechtsgrundsätzen bildete. Damit verminderte sich gleichzeitig aber auch die Zahl der Verhältnisse, die zum Erlaß neuer Edikte drängten. Das Ergebniß dieser Rechtsentwicklung zog endlich Hadrian, indem er die stets wiederholten Edikte, die edicta perpetua, durch den Juristen Salvius Julianus in ein System bringen und damit ein edictum perpetuum feststellen ließ (Salvius Julianus edictum composuit). Dieses Werk, das die Form der Edikte beibehielt, wurde zum Gesetz erhoben und damit der späteren Abänderung entrückt. Wie sich damit auf der einen

Digitized by Google

Seite die Zahl der Gesetzesbestimmungen d. h. die Masse des vom Staate gewollten und von Magistraten und Richtern einfach zur Anwendung zu bringenden Rechtes vermehrte, verminderte sich die Zahl der Grundsätze, die der Magistrat als im einzelnen Fall anwendbares und gerade in diesem Verhältnisse vom Staate gewolltes Recht verkündete. Zugleich wurde die Kaisergesetzgebung eine immer umfassendere: in Reskripten auf Anfrage im einzelnen Falle und in allgemein verbindlichen Edikten übernahmen die Kaiser es, auszusprechen, welche Grundsätze gehandhabt werden sollten, was also vom Staate gewolltes Recht sei. Das Ediktsrecht der Beamten erhielt sich zwar über das Edictum perpetuum hinaus noch einige Zeit, verlor aber alle Bedeutung. Die Jurisdictionsmagistrate kamen daher schließlich gar nicht mehr in die Lage, dem ernannten Richter durch die Formel die Anwendung eines Grundsatzes zu gebieten, den dieser nicht schon gekannt hätte und, weil er Gesetz war, aus diesem Grunde hätte anwenden müssen. Die Formel verlor also ihre Bedeutung als Ausdruck des in diesem Falle anzuwendenden, vom Staate für die Regelung dieses Verhältnisses gewollten Rechtes. Eine Constitution Diokletians und Maximians vom 26. Dezember 294*) konnte daher die Ansicht aussprechen, es sei nach dem Edictum perpetuum klar, daß eine peremtorische Einrede noch bis zum Erlaß der sententia vorgebracht werden könne, weshalb im Falle der unterbliebenen Geltendmachung derselben die restitutio in integrum gewährt werden müsse. Diese Auffassung konnte nicht mit der Sicherheit, wie geschehen (‚manifeste declarat'), ausgesprochen werden, wenn man nicht der Ueberzeugung war, daß es des Vorbehalts der exceptio in der Formel nicht erst bedürfe, sondern daß der Richter eine auf das Edikt gegründete Einrede ohne besondere Anweisung berücksichtigen müsse.

Bestand aber erst einmal diese Auffassung, so mußte man die Formel als ein überflüssiges, veraltetes Institut und die Trennung der Verhandlung in jus und judicium als Verzögerung des Prozesses betrachten. Es war nur eine Frage der Zeit, wann man den bedeutungslos gewordenen und nicht mehr verständlichen Formularprozeß, mit ihm aber auch die Tremung des Verfahrens, auch formell beseitigte. Es geschah durch eine Constitution Diokletians und Maximians vom

*) L. 2 Cod. sent. resc. 7, 59.

Digitized by Google

18. Juli 294,*) in welcher die judicis datio im früheren Sinne beseitigt, den Provinzialstatthaltern dagegen befohlen wurde, die an sie gelangenden Prozesse selbst zu entscheiden, und ihnen nur nachgelassen wurde, im Falle von Geschäftsüberhäufung judices pedanei zu ernennen. Daß die letzteren nicht Geschworene, judices im früheren Sinne, welche aus der Formel die Befugniß zur Entscheidung und die anzuwendenden Rechtssätze entnehmen, sondern Richter waren, denen die das Recht der Verhandlung und Entscheidung umfassende Gerichtsbarkeit der praesides provinciarum übertragen wurde, ist bereits früher erörtert (§§ 15, 18). Jenes Gesetz ist zwar ein Gerichtsverfassungsgesetz, es hob aber den Formularprozeß ohne weiteres mit auf, da dieser ja auf der Trennung des Verfahrens beruhte. Für alle diejenigen Fälle, in denen das Formularverfahren nach dem diokletianischen Gesetz äußerlich noch fortbestand, wurde dasselbe durch eine Constitution von Constantius und Constans aus dem Jahre 342, aus der zugleich hervorgeht, wie sehr das Verständniß für die Bedeutung der formula geschwunden war, endgültig beseitigt: juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.**)

§ 49. So war nun das außerordentliche Verfahren zum ordentlichen geworden. Nichtsdestoweniger erhielt sich für das specifisch kaiserliche Recht der Name jus extraordinarium, das civile und prätorische Recht hießen im Gegensatz dazu jus ordinarium, die Klage im extraordinären Prozesse hatte persecutio geheißen und behielt diesen Namen bei. Das Wort actio aber bezeichnete von jetzt an jeden vom Recht gegebenen privatrechtlichen Anspruch. Während dieses Wort ursprünglich mit legis actio gleichbedeutend war und also einen prozessualischen Vorgang bezeichnete, später aber, im Formularprozeß, so viel hieß wie judicium, so daß also der Prätor die Ausdrücke formulam, judicium, actionem dabo gleichbedeutend brauchen konnte, übertrug man es jetzt von dem Anspruche auf Gewährung einer formula auf den Anspruch, der in dieser formula zum Ausdruck gebracht worden wäre, wenn das Formularverfahren noch bestände. Auch das Wort exceptio mußte seinen ursprünglichen Sinn verlieren, seitdem es wie keine Formeln so auch keine Formelvorbehalte mehr gab; auch

*) L. 2, Cod. de ped. jud. 3, 3.
**) L. 1. C. de form. 2, 57.

Digitized by Google

dieses Wort bedeutet jetzt dasjenige materiellrechtliche Verhältniß, das in Gestalt einer exceptio zum Ausdruck in der Formel gebracht worden wäre. Der mit dem Formularprozeß zusammenhängende Unterschied zwischen actio directa und actio utilis, von actio in jus und in factum concepta wurde bedeutungslos; das Interdiktenverfahren fiel als besondere Prozeßart weg, denn es war in Zukunft nicht mehr nöthig, für jeden einzelnen Fall ein konkretes Gebot oder Verbot des Prätors zu erlangen, um dann durch Vermittlung von sponsio und restipulatio eine richterliche Entscheidung zu erreichen, die im Edikt verheißenen Interdikte waren allgemeine Rechtsbefehle geworden, derjenige also, der seinem Gegner ein bestimmtes Handeln zum Vorwurf machte, konnte, wenn dasselbe gegen das Edikt verstieß, ohne weiteres ex interdicto klagen, weil ihm die Bestimmungen des Edikts über Interdikte einen gegen jenen gerichteten privatrechtlichen Anspruch gaben.*) Endlich konnte in dem neuen Verfahren eine Abweisung des ganzen Anspruches nicht mehr erfolgen, weil der Richter wegen plus petitio nicht mehr an einen Befehl gebunden war, der ihm hieß, entweder auf die angegebene Summe oder überhaupt nicht zu Gunsten des Klägers zu erkennen.

§ 50. Das neue Verfahren war ein einheitliches, aber es bestand nicht etwa in einer Befreiung des Geschworenen von der formula, sondern in der Ausstattung der Magistrate mit der Befugniß, durch Urtheil zu entscheiden. So wollte es die geschichtliche Entwicklung. Denn das neue Verfahren hatte in dem imperium der Magistrate seinen Ausgangspunkt: wenn es zulässig, ja geboten war, daß der Magistrat in zahlreichen Fällen, die sich für den ordo judiciorum nicht eigneten, selbst untersuchte und entschied, so war es nur natürlich, daß jede Ausdehnung der Anwendbarkeit dieses Verfahrens an das bestehende anknüpfte und zu einer Ausdehnung der Befugnisse der Magistrate führte. Diese allein boten denn auch die nöthige Sicherheit dafür, daß das

*) Wir haben auch heute noch die Gewohnheit, kurz zu sagen, der X hat die actio Pauliana. die actio Publiciana, wenn wir meinen, es stände dem X. derjenige privatrechtliche Anspruch zu,' welcher zur datio einer gewissen formula führen würde, wenn wir den Formularprozeß noch hätten. Ebenso sagen wir, es stehe dem N. das interdictum uti possidetis zu, um kurz zu sagen, er hat denjenigen Anspruch, der einstmals zum Erlaß des int. u. p. geführt haben würde.

Digitized by Google

vom Staate gewollte Recht zur Anwendung käme, eine Sicherheit, die der aus dem Volke entnommene, von der befehlenden formula befreite Geschworene nicht bieten konnte. Gegen die Gefahr einer Geschäftsüberlastung der Jurisdiktionsmagistrate schützte die Vermehrung der Stellen und die oben erwähnte Erlaubniß, die Gerichtsbarkeit zu delegiren.

Das Verfahren selbst ist ein formloses. Auf Antrag des Klägers, der sein Anliegen dem Magistrat vorträgt, ordnet dieser die Ladung des Beklagten (evocatio) an. Sind beide Parteien zur festgesetzten Zeit erschienen, so werden Angriffs- und Vertheidigungsmittel von den Parteien mündlich vorgebracht und erörtert. Der Magistrat erhebt den Beweis und entscheidet schließlich durch ein Dekret, jetzt, wo man den Magistrat judex zu nennen pflegt, sententia geheißen, das nur in den auf ein facere gerichteten Aussprüchen auf Geld, sonst stets auf die verlangte Leistung selbst lautet und der unmittelbaren Spezialexekution unterliegt.

§ 51. Im vierten und noch im Anfange des fünften Jahrhunderts war die litis denunciatio die regelmäßige Prozeßeinleitungsform.*) Sie ist ein privater, einseitiger Akt des Klägers und besteht in einer Ankündigung der ersten Verhandlung und einer Anzeige des Anspruches, den der Kläger in jener Verhandlung zu erheben beabsichtigt. Die erste Verhandlung soll mit Ablauf (oder innerhalb) von vier Monaten seit dem Tage der Denunciation liegen. Besonders bemerkenswerth sind die Folgen derselben. Für den Kläger ist sie bindend, denn versäumt er den Termin, so kann er nur ein Mal durch Reparation einen neuen Termin erlangen, mit dessen Versäumung er sachfällig wird. Blieb der Beklagte aus, so mußte wahrscheinlich eine abermalige gleiche Ladung erfolgen, deren Nichtachtung das gewöhnliche Contumacialverfahren nach sich zog. Wann das Institut entstanden ist und welchem besonderen Rechtsschutzinteresse es diente, ist nicht bekannt. Zur Zeit Justinians hat es nicht mehr bestanden. Ferner ist nicht anzunehmen, daß sich an die Denunciation ein von dem gewöhnlichen abweichendes Prozeßverfahren angeschlossen hätte, sie war vielmehr nur eine Art der Ladung.

*) Baron: Abhandlungen aus dem röm. Civilprozeß III. Der Denunciationsprozeß 1887. Kipp: Die Litisdenunciation als Prozeßeinleitungsform im römischen Civilprozeß. 1887. Beide gelangen fast in allen Punkten zu entgegengesetzten Ergebnissen.

Digitized by Google

§ 52. Eine charakteristische Erscheinung jener Zeit war der sog. Reskriptsprozeß.*) Etwa zur Zeit der Redaktion des Edictum perpetuum wurde es zulässig, unmittelbar den Kaiser mit der Bitte um Entscheidung eines Rechtsstreits anzugehen. Der Kaiser ordnete dann entweder die Untersuchung der streitigen Thatsachen an und entschied den Streit durch ein von ihm erlassenes Dekret, oder er gab nur die Thatsachen an, auf welche es bei der Entscheidung ankomme, und die Rechtsgrundsätze, welche anzuwenden seien, und überließ die Feststellung jener Thatsachen und die Entscheidung nach jenen Grundsätzen einem von ihm ernannten oder dem sonst zuständigen Richter. Der Bescheid des Kaisers hieß epistola, rescriptum und setzte die Wahrheit der von dem Bittsteller (preces, supplicatio, libellus principi oblatus) vorgetragenen Thatsachen voraus. Der Beklagte hatte daher die praescriptio mendacii, d. h. er konnte einwenden, daß der Kläger unwahre Thatsachen behauptet (pr. obreptionis) oder wahre Thatsachen verschwiegen habe (pr. subreptionis).

Das Verfahren ist das der extraordinaria cognitio. Es beginnt mit der Ueberreichung des Reskriptes an den beauftragten Richter durch den Kläger, und der Ladung wird eine Abschrift des Reskripts beigegeben (editio rescripti).

Dieses Rechtsinstitut, das uns heutzutage nicht wenig befremdet, erklärt sich aus der Gewohnheit, den mit der Entscheidung betrauten Richter über die zur Anwendung zu bringenden Rechtsgrundsätze von der Stelle aus belehren zu lassen, die über dem vom Staate gewollten Rechte zu wachen die Befugniß und die Aufgabe hat. Diese Stelle war jetzt der Kaiser. Es erschien daher nur natürlich, in einer Zeit, in der das Ediktsrecht der Magistrate mehr und mehr an Bedeutung verlor, in Fällen, die nach positivem Recht nicht leicht zu entscheiden waren, sich unmittelbar dahin zu wenden, wo ein neuer Rechtssatz mit allgemein verbindender Kraft ausgesprochen werden konnte. Die Weiterentwicklung des Privatrechts in dieser Zeit ist denn auch fast ausschließlich kaiserlichen Reskripten zu verdanken. Dieselben wurden durch das consistorium principis vorbereitet. So wurde das Ediktsrecht der Magistrate durch das Reskriptsrecht der Kaiser, die formula durch die epistola abgelöst, während die Anschauung von der Wahrung

*) v. Bethmann-Hollweg III. S. 350 ff. Puchta: § 178. Baron: Inst. § 220 IV.

Digitized by Google

der vom Staate gewollten und anerkannten Rechtssätze unverändert blieb.

§ 53. Das Verfahren, das sich im vierten, fünften und sechsten Jahrhundert unter dem Einflusse zahlreicher, die Einzelheiten prozessualischer Institute regelnder kaiserlicher Gesetze entwickelte und heutzutage mit dem Namen Libellprozeß*) bezeichnet wird, hat in der Gestalt, die Justinian ihm gegeben, für uns erhöhte Bedeutung und erhöhtes Interesse. Denn es ist die Grundlage für die Weiterentwicklung des Prozeßrechts geworden und ist dem heut in Deutschland geltenden Prozeßrecht in wesentlichen Punkten ähnlich.

Der Name Libellprozeß ist hergenommen von der Grundlage des Prozesses, der schriftlichen Klage, dem libellus conventionis. Die Klageschrift, welche vom Kläger zu unterzeichnen ist, soll den geltend gemachten Anspruch genau bezeichnen. Zwar bedarf es nicht der technischen Benennung der Art des Anspruches, doch müssen, wenn diese Art der Individualisirung nicht gewählt wird, wenigstens die den Anspruch begründenden und damit charakterisirenden Thatsachen angegeben werden.**) Die Klageschrift wird dem Richter überreicht und von diesem geprüft; findet derselbe den Anspruch schon nach dem, was in der Klageschrift angegeben ist, unbegründet, so weist er sie ohne weiteres zurück. Andernfalls wird sie dem Beklagten durch einen Unterbeamten des Gerichts zugleich mit der Ladung zum Termine zugestellt. In dem Termine werden etwaige Rügen wegen des Mangels von Prozeßvoraussetzungen erörtert, worauf die mündliche Verhandlung des Rechtsstreits folgt. Die Verhandlung ist eine einheitliche. Bis zum Erlasse des Urtheils können neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden. Prozeßabschnitte kennt das Verfahren nicht. Der Beweis wird von dem erkennenden Gericht erhoben. Das Urtheil, die sententia judicis, wird schriftlich abgefaßt, den Parteien vorgelesen und dann in Abschrift zugestellt.

Das Verfahren gleicht also in seinem Aufbau auf der Grundlage eines Schriftstückes, seiner Mündlichkeit, der Einheitlichkeit der Verhandlung und seinem Mangel an Abschnitten dem Verfahren in judicio zur Zeit des Formularprozesses.

*) S. die zu § 48 angeführte Literatur.

**) Consultatio veteris cujusd. jurecons. V, 7. l. 2 C. de form. 2, 57

Digitized by Google

Zu erörtern bleibt hier nur noch die Litiskontestation dieses Verfahrens.

§ 54. Mit der Aufgabe der Trennung des Verfahrens mußte auch die Litiskontestation*) ihre frühere Bedeutung verlieren. Dieselbe war bisher eine zweiseitige Willenserklärung der Parteien gewesen, den bestimmt bezeichneten Rechtsstreit durch Urtheil entscheiden zu lassen; ohne sie konnte ein Anspruch auf judicium und sententia nicht entstehen, denn ohne sie gab es keinen der richterlichen Entscheidung bedürfenden Rechtsstreit. Jetzt bedurfte es nicht mehr der Ernennung des Richters, denn dieser war kraft seines Amtes zum urtheilen verpflichtet; es bedurfte nicht mehr der Wahrung des vom Staate gewollten Rechtes durch einen den Willen des Staates verkündenden Beamten, denn dieser Beamte war zum judex geworden und war kraft Amtes verpflichtet, das gegebene Recht anzuwenden; zu einer Entscheidung über die Frage, ob ein der Aburtheilung bedürfender Rechtsstreit vorliege, und zu der Anordnung, daß dieser Streit nach staatlich anerkannten Rechtsgrundsätzen entschieden werde, fehlte das Organ und das Bedürfniß; diese Entscheidung konnte nur vom Richter selber getroffen werden. Mit der Anrufung des Richters aber war ein gerichtliches Verfahren schon gegeben; der Richter, der die Klage entgegennahm, that mit der Terminsbestimmung und der Ladung des Beklagten den ersten Schritt zur sententia. Es konnte sich dann zwar später herausstellen, daß die Klage nicht im Stande gewesen war, ein Prozeßverhältniß zu schaffen, hatte sie aber diese Kraft besessen, so war auch das Prozeßverhältniß schon durch die einseitige Klagehandlung begründet worden, einer Mitwirkung des Beklagten bei diesem Geschäft bedurfte es nicht mehr.**)

Man konnte sich indeß von der Anschauung, daß das Prozeßverhältniß durch einen zweiseitigen Akt begründet werde, nicht lossagen; die Litiskontestation war die wichtigste Parteihandlung im alten Prozeß gewesen, man mußte ihr darum auch in dem neuen Prozeß eine Stätte bereiten. Mit richtigem Gefühl hatte man das von der früheren Verfahrensform unabhängige Wesen der Litiskontestation in der Bethätigung des

*) Endemann im Magazin für das deutsche R. der Gegenwart Bd. 5, S. 177 ff. v. Bethmann-Hollweg III, S. 51 ff. 300 ff.

**) Vgl. darüber den Allgemeinen Theil § 48.

Digitized by Google

Streitwillens der Parteien erblickt. War dieser Wille von beiden Parteien kundgegeben worden, so war es zum judicium und zum Urtheil gekommen, wurde derselbe Wille im neuen Prozeß vor dem Richter bethätigt, so war diesem Gewißheit darüber gegeben, daß eine Verhandlung und Entscheidung des Streites durch ihn unumgänglich sei. Es war daher nichts natürlicher, als daß man die Litiskontestation in denjenigen Prozeßakt verlegte, durch dessen Vornahme die Parteien dem Richter die Gewißheit über ihren Streitwillen und über ihr Begehren, den Streit durch sein Urtheil entschieden zu sehen, bethätigten. In diesem Sinne sagt eine Constitution aus dem Jahre 202 (l. un. Cod. de litis contest. 3,9): Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita; inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, quum judex per narrationem negotii causam audire coeperit, d. h. wenn von beiden Parteien über das Streitverhältniß selbst verhandelt wird. Ebenso ist die von Justinian herrührende l. 14 § 1 (4) C. de jud. 3, 1 zu verstehen: Patroni autem causarum .... cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam ... juramentum praestent. Die letztere Stelle nöthigt zu der Annahme, daß der Zeitpunkt der Litiskontestation in dem Schlusse der auf die Sache selbst bezüglichen Parteivorträge lag.*)

Die Litiskontestation ist also im Wesentlichen dasselbe geblieben, was sie früher war: eine von beiden Parteien abgegebene Willenserklärung, den unter ihnen bestehenden Rechtsstreit durch ein (vom angegangenen Gericht gefälltes) Urtheil entschieden zu sehen. Aber diese Willenserklärung war ihrer Form nach nicht mehr eine solenne, auch nicht mehr eine ausdrückliche, sondern eine aus der Thatsache der erfolgten Streiteinlassung gefolgerte. Nach wie vor bestand ihre Wirkung darin, daß sie ein dem Streitwillen entgegengesetztes Verhalten ausschloß, aber sie hatte nicht mehr die Wirkung, das Prozeßverhältniß zu begründen, sondern nur die, das Vorhandensein dieses Verhältnisses festzustellen. Entstanden war das Prozeßverhältniß durch den einseitigen Akt der Klageerhebung. Daher hatte der Kläger die Möglichkeit, das von ihm geschaffene

*) Vgl. z. B. Muther, krit. Vierteljahrschrift. IX. 178.

Digitized by Google

Verhältniß durch Zurücknahme der Klage wieder zu lösen,*) während der Beklagte von dem durch den Gegner geschaffenen Verhältniß sich einseitig nicht befreien konnte. In richtiger Würdigung der Bedeutung, die nunmehr die Klagezustellung einerseits und die Litiskontestation andrerseits hatten, verlegte man die materiellrechtlichen Wirkungen der Litiskontestation in den Akt der Klagezustellung. Diese war es, welche jetzt die Unterbrechung der Verjährung, die Vererbung der Klagen, den Verzug des Beklagten und die Pflicht zur Leistung der Erweiterung des Klagegegenstandes nach sich zog.

Aber auch die Consumtion des Klagerechts war nicht mehr Folge der Litiskontestation. Denn die exceptio rei in judicium deductae ist in das justinianische Recht nicht übergegangen, nur mehr gegen die erneute Erhebung eines durch rechtskräftiges Urtheil erledigten Anspruches giebt es einen Schutz in der exceptio rei judicatae; wenn der Kläger ausbleibt, kann der Beklagte um absolutio ab instantia bitten, durch diese aber wird nicht der klägerische Anspruch als unbegründet bezeichnet, sondern nur der Beklagte ab observatione judicii, d. h. von der Verpflichtung, den Prozeß fortzusetzen, entbunden; ist die Klage auf Grund einer dilatorischen Einrede abgewiesen worden, so kann sie gleichwohl später von neuem erhoben werden; wenn der Kläger mit einem von mehreren Korrealschuldnern oder mit dem Hauptschuldner litem kontestirt, so bleibt gleichwohl der Anspruch gegen die anderen Korrealschuldner oder gegen den Bürgen bestehen, während früher der Anspruch schlechthin konsumirt worden war; die Uebertragung einer Forderung auf eine zum procurator in rem suam bestellte Person ist nicht mehr möglich, denn die Litiskontestation ändert nichts mehr an der Beziehung des Anspruches auf die ursprünglichen Subjekte. Dagegen erhielt sich der Grundsatz, daß der Zeitpunkt der Litiskontestation über die Existenz des geltendgemachten Anspruchs entscheide. So wenig eine nach diesem Zeitpunkt eintretende Thatsache den im Augenblick der Litiskontestation vorhandenen Mangel des Klagerechts beseitigen konnte, so wenig konnte die nachträglich erfolgende Aufhebung des Klagerechts die Verurtheilung

*) l. 5 § 1, C. de fruct. et lit. exp. 7, 51: . . . aut actor lite destiterit. Etwas Anderes sagt Nov. 112 c. 2 nicht, denn sie statuirt nur eine Folge der Klagerücknahme, ohne diese selbst zu verbieten.

Digitized by Google

des Beklagten hindern. Allein in letzterer Hinsicht hatte schon zu Zeiten des Gajus (IV. 112) die Ansicht der Sabinianer Geltung: omnia judicia esse absolutoria, d. h. Erfüllung des klägerischen Anspruches nach der Litiskontestation führt zur Freisprechung des Beklagten.

II. Das System des römischen Prozeßrechts.

A. Abgrenzung des Civilprozeßrechts gegen andere Gebiete.

§ 55. Der Zeit, von welcher wir Kunde haben, ist der Gegensatz von Civilprozeß und Strafprozeß klar bewußt.*)

Der Civilprozeß findet nur in dem Falle statt, wenn ein Bürger gegenüber einem andern ein ihm gegen diesen zustehendes, gesetzlich begründetes Recht behauptet, denn nur für diesen Fall ist eine legis actio gegeben. Daß der Beklagte den gegnerischen Angriff durch ein von seiner Seite begangenes Unrecht veranlaßt habe, ist nicht Voraussetzung des Civilprozesses. Die Klage ist also nur Behauptung eines Rechts und enthält an sich nicht den Vorwurf des Unrechts.

Der Strafprozeß dagegen findet statt, wenn ein Unrecht begangen ist, durch welches entweder der Staat allein oder neben einer Privatperson auch der Staat verletzt ist und welches von Staatswegen geahndet werden soll. Es handelt sich dabei nicht um ein Recht auf der einen und eine Rechtspflicht auf der anderen Seite, sondern um die Thatsache begangenen Unrechts.

Während also der Civilprozeß zwei mit einander streitende Parteien voraussetzt, ist im Strafprozeß eine Partei überhaupt nicht vorhanden, und während dort der Staat als Schiedsrichter zwischen die Parteien tritt und nur das Interesse hat, daß der Streit nach staatlich anerkannten Rechtsnormen entschieden werde, wehrt er hier einen gegen ihn selbst gerichteten Angriff mit den ihm zu Gebote stehenden Machtmitteln ab.

Ob eine bestimmte Handlungsweise lediglich die Interessen einer Privatperson verletzt oder ob der Staat in ihr einen

*) v. Bethman-Hollweg I, S. 93 ff. II, S. 180 ff. Mommsen: röm. Staatsrecht. 3. Auflage, I. S. 136, 162

Digitized by Google

gegen die Allgemeinheit gerichteten Angriff findet, hängt von den jeweiligen Anschauungen über die Grenzen privater und staatlicher Interessen ab. Das römische Recht hat in einer Reihe von positiven, gegen staatlich geschützte Rechtsgüter gerichteten Handlungen, die uns heute als Angriffe gegen die Rechtsordnung als solche erscheinen und die das römische Recht selbst als delicta bezeichnete, nur als Privatrechtsverletzungen aufgefaßt. Sie gaben der verletzten Person ein Recht auf Genugthuung, zumeist auf Zahlung einer Geldsumme, die regelmäßig über den angerichteten Vermögensschaden hinausgehend nicht blos als Ausgleichs-, sondern als Strafmittel diente. Es sind dies die sog. delicta privata. In der Kaiserzeit trat in diesen Fällen neben die private die öffentliche Strafe*) und damit der Strafprozeß.

Das Verfahren in diesem war denn auch ein von dem Civilprozeß grundsätzlich verschiedenes, von einer Klage unabhängiges, in amtlichem Einschreiten und amtlicher Ermittlung des Thatbestandes und des Thäters bestehendes.**) Indessen näherte sich das Verfahren im sog. Quästionenprozeß dem civilprozessualischen. Allein es trat hier nur für bestimmte, in den leges judiciorum publicorum (Ende der Republik) bezeichnete Fälle an Stelle der sonst üblichen Untersuchungsmaxime das Anklageprinzip, das die Eröffnung des Verfahrens von der Klage einer Privatperson abhängig machte. Die Annäherung an den Civilprozeß bestand auch noch darin, daß Geschworene urtheilten. Gleichwohl blieb das Bewußtsein des Gegensatzes zum Civilprozeß erhalten und der Gegensatz selbst gewahrt.***) In der Kaiserzeit kam er wieder rein zur Geltung.

§ 56. Dieselbe klare Erkenntniß dessen, was das Wesen des Civilprozesses bildet, führte auch zu einer scharfen Abgrenzung des Prozeßrechts gegenüber der Verwaltung.†)

Während der Germane das Recht und damit die Grenze seiner Freiheit in seinem eigenen Bewußtsein fand, erblickte der Römer im Staate die Verkörperung alles Rechts und in dem Willen des Staates ein zwingendes Gebot des Rechts;

---

*) L. 3 D. de priv. del. 47, 1 l. 92 D. de furtis 47, 2.

**) Zumpt: Der Kriminalprozeß der röm. Republik. 1871. Mommsen: röm. Staatsrecht III, S. 354 ff.

***) Auch unser heutiges Privatklageverfahren ist reiner Strafprozeß.

†) v. Bethmann-Hollweg I, § 30, II § 81. Mommsen: röm. Staatsrecht I, S. 136, 169 ff.

Digitized by Google

die Freiheit des Einzelnen begann für ihn erst jenseits der Grenze, die der Staat mit seinem Pflichtgebot nicht überschreiten wollte, während bei den Germanen das Gemeinwesen nur diejenige Macht besaß, die der Einzelne ihm einräumen wollte. Der Träger der Staatsgewalt galt daher in Rom befugt, alle Anordnungen zu treffen, die ihm im Staatsinteresse geboten erschienen, und diese seine Anordnungen im Wege des Zwanges (coercitio) durchzusetzen.*) Selbst wenn der einzelne Beamte seine Macht mißbrauchte und sich damit der Gefahr aussetzte, nach Ablauf seines Amtsjahres zur Rechenschaft gezogen zu werden, so war seine Anordnung doch zur Zeit der Ausdruck des Staatswillens und also berechtigt. So unterlag denn prinzipiell das ganze Gebiet des Staats- und Rechtslebens der an sich unbeschränkten staatlichen Befehlsgewalt, dem imperium. Aber diese staatliche Befehlsgewalt stand denn auch lediglich im Interesse des Staates und mußte ihre natürliche Schranke da finden, wo das Staatsinteresse aufhörte und das Privatinteresse begann, nur der ‚status rei Romanae' gehörte zu seinem Gebiete, die ‚privatorum utilitas' lag außerhalb seines Bethätigungskreises. In denjenigen Angelegenheiten, welche diese privatorum utilitas, d. h. das Privatrecht betrafen, beschränkte sich das Interesse des Staates darauf, daß Recht gesprochen und daß bei der Rechtsprechung kein anderes als das vom Staate anerkannte Recht zur Anwendung gebracht werde. Die Anordnung des judicium war daher ein Staatsverwaltungsakt, keine Rechtsprechung. Diese selbst diente dem Privatinteresse der streitenden Theile, in das der Staat nicht eingreifen wollte. War aber das Urtheil gesprochen, so war es Sache des Staates, die der Vollstreckung entgegengestellten Hindernisse durch Anwendung seiner überlegenen Macht zu beseitigen.

Diese Gegenüberstellung giebt die Erklärung für eine ganze Reihe von Erscheinungen des römischen Staatslebens. Sie zeigt vor allem, daß die Rechtsprechung beschränkt bleiben mußte auf diejenigen Fälle, in welchen ein Staats-

*) Mommsen a. a. O. S. 138: „Die Coercition ist die berechtigte Selbsthülfe des Beamten sowie seiner Collegen gegen den, der dem vom Magistrat innerhalb seiner Competenz erlassenen Befehl den Gehorsam weigert. Dem Ungehorsam gleich geachtet wird jede Handlung, durch die Jemand den Magistrat in seiner Amtsführung hemmt (in ordinem cogit) oder in seiner Persönlichkeit mit Wort oder That verletzt."

Digitized by Google

bürger gegen einen andern einen Anspruch verfolgte, der dem Gebiete jener privatorum utilitas angehörte, daß sie aber auch überall da eintreten mußte, wo ein derartiger Anspruch, wenn auch künstlich, geschaffen worden war. Daher sind alle diejenigen dem Rechtsschutze dienenden Maßregeln der Beamten, welche auf dem imperium beruhend eine Bethätigung der Staatsgewalt enthalten, Staatsverwaltungsakte (s. oben §§ 43 ff.) Andrerseits bot die Rechtsfigur der sponsio die Möglichkeit, jede beliebige Frage des öffentlichen Rechtes zum Gegenstande richterlicher Beurtheilung zu machen, es brauchte nur die Meinungsverschiedenheit zweier Bürger zum Gegenstande einer in die Form der sponsio gekleideten Wette gemacht und auf Erfüllung der Wette geklagt zu werden.

Ferner war die extraordinaria cognitio nur eine Bethätigung der Administrativgewalt. Der Ausspruch, mit dem ein solches Verfahren abschloß, hieß denn auch nicht sententia, sondern decretum, zeigte also schon durch diesen seinen Namen, daß er nichts war als die Anordnung einer Verwaltungsbehörde. Als die Fälle der Zulässigkeit dieser administrativen Cognition zahlreicher wurden, nahm man in dieselben auch die Zwangsmittel hinüber, welche den Verwaltungsbeamten zur Durchführung ihrer Anordnungen dienten, und bewirkte so die Umgestaltung des civilprozessualen Exekutionsrechts. Als dann die extraordinaria cognitio zum ordentlichen Civilprozeß erhoben, der bisherige Verwaltungsbeamte zum Richter gemacht und das Richteramt auch regelmäßig denjenigen Personen übertragen wurde, welche die Verwaltung handhabten, da traten Rechtsprechung und Verwaltung in enge Beziehung zu einander. Allein das Recht war zu dieser Zeit schon auf einer so hohen Stufe wissenschaftlicher Durchbildung angelangt, daß die fest im Rechtsbewußtsein eingewurzelten Gegensätze von privatem und öffentlichem Recht, von Civilprozeß und Verwaltung nicht mehr in Verwirrung gerathen konnten. Das Gegentheil beweist der Umstand keineswegs, daß der Kaiser sich widerspruchslos das Recht, Civilprozesse selbst zu entscheiden, beilegte und handhabte. Denn auf ihn war die ganze Fülle der Staatsgewalt übergegangen. Da nun auch der Richter Beamter geworden war und in seinem Amte einen Theil der Staatsgewalt ausübte, so mußte der Kaiser als der höchste aller Richter erscheinen und die Befugniß haben, sich an die Stelle des in einzelnen Fällen zuständigen Richters zu setzen. Daß hierin eine schwere Gefährdung der Unabhängigkeit der Justiz lag,

Digitized by Google

mag in jenen Zeiten nicht allzu schwer empfunden worden sein.

Das staatliche Schiedsrichterthum konnte im Civilprozesse aber nur da in Thätigkeit treten, wo es sich um die Angelegenheiten zweier Personen handelte, die dem Staate gleich nahe oder gleich fern standen, d. h. wo dem Staate *fremde* Rechtsangelegenheiten durch sein *Dazwischentreten* erledigt werden sollten: hier allein bedurfte es der sorgfältigen Abwägung der *beiderseitigen* Rechtsbehauptungen und der Handhabung strenger Gerechtigkeit. Handelte es sich dagegen um die *eigenen* Angelegenheiten des römischen Staatswesens, so konnte nur das *einseitige* Interesse dieses Staates entscheiden. Es wahrzunehmen konnte man nicht Männern überlassen, die dem Staate unabhängig gegenüberstanden, dazu waren lediglich die Organe des Staates selbst berufen. Darum wurde selbst in den Fällen, in welchen Ansprüche aus Privatrechtsgeschäften des Staates geltend gemacht wurden, in denen also dem Gemeinwesen das Interesse einer Privatperson gegenüberstand, im Verwaltungswege verhandelt und entschieden.

Wie in Fällen der letzteren Art einseitig das Staatsinteresse betont wird, so nimmt in anderen Fällen der Staat die Hülfe von Privatpersonen entgegen zur Wahrung öffentlicher Interessen. Nicht selten deckt sich das öffentliche Interesse mit dem Privatinteresse Einzelner. In solchen Fällen gab das römische Recht jedem einzelnen Bürger eine sog. actio popularis. Es gehören hierher namentlich die a. de termino moto, de effusis et dejectis, de positis vel suspensis, sepulcri violati, auch die operis novi nuntiatio kann publici juris tuendi causa eingelegt werden. Die Zulassung des Rechtsweges in diesen und ähnlichen Fällen, die nach heutigen Anschauungen dem Eingreifen der Verwaltungsbehörde unterliegen, rechtfertigt sich nur durch das Privatinteresse, das der Kläger seinerseits an der Aufrechterhaltung oder Beseitigung eines gewissen Zustandes hat, darum entschied über die Zulassung der Klage dieses oder jenes von mehreren Bürgern die Frage nach dem überwiegenden eigenen Interesse der Antragsteller.

§ 57. Für die Mitwirkung des Staates bei der Gestaltung privatrechtlicher Verhältnisse war im Rechtsleben der älteren Zeit kein Raum. Das war Privatsache der kontrahirenden Personen. Nur das Testament des römischen Bürgers genoß ein allgemeines, öffentliches Interesse. Aber der Prozeß

Digitized by Google

per legis actiones bot die Form, unter der man zur unanfechtbaren Herstellung von beiden Theilen gewollter Rechtswirkungen gelangen konnte. Wer ein Recht erlangen wollte, trat im Prozesse vor dem Magistrat mit der Behauptung dieses Rechtes auf, der Gegner, der jenes Recht übertragen wollte, widersprach nicht, und der Prätor, der in solchem Falle ein judicium nicht anordnen konnte, sprach dem Kläger das in Anspruch genommene Recht zu. So wurde die legis actio sacramento in rem zur Uebertragung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte verwerthet und nahm in diesem Falle den Namen in jure cessio an. Die legis actio hat sich denn auch lange, nachdem sie als Prozeßform beseitigt war, als Form für Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit erhalten.

Später sagte man sich von dem Zwange des Scheinprozesses los und brachte das Wesen der Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch äußerlich dadurch zum Ausdruck, daß die Betheiligten rechtsgeschäftliche Erklärungen vor dem hierzu besonders berufenen Magistrat abgaben.

B. Die Grundsätze des Civilprozeßrechts.

1. Der Prozeß als Rechtsverhältniß.

a. Die Prozeßsubjekte.

aa. Die Gerichtsbehörden.*)

§ 58. Voraussetzung für die Entstehung des Prozeßrechtsverhältnisses ist die Anrufung des für den vorliegenden Fall zuständigen Richters, d. h. in der Zeit der Trennung von jus und judicium desjenigen Magistrats, welcher zur Anordnung des judicium vor dem für diesen Fall zuständigen Richter befugt ist.

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der höchsten Magistrate der römischen Republik war ursprünglich eine unbeschränkte. Die Kompetenz des praetor urbanus aber beschränkte sich örtlich auf die Stadt Rom und das Stadtgebiet (den ager Romanus), sachlich mußte sie unbeschränkt bleiben. Die Zuständigkeit des praetor peregrinus beschränkte sich ursprünglich auf die in Rom anwesenden Peregrinen, in

*) v. Bethmann-Hollweg II S. 114 ff

Digitized by Google

der letzten Zeit der Republik wurde sie auf das ganze römisch gewordene Italien ausgedehnt. Die Provinzialstatthalter waren zuständig nur für ihre Provinz, die Municipalmagistrate nur für ihre Stadt und deren Gebiet. In der Kaiserzeit wurden die Kompetenzgrenzen sachlich und örtlich genau abgesteckt.

Bestimmend für die örtliche Zuständigkeit ist die origo des Beklagten d. h. sein Bürgerrecht in einer bestimmten Stadtgemeinde. Das forum originis bezeichnet also das Gericht, welches für diejenige Stadt Zuständigkeit besitzt, deren Bürger der Beklagte ist. Zu der Stadt gehörte ihr Landkreis, so daß wer diesem angehörte, regelmäßig Bürger der Bezirksstadt war. Als das römische Bürgerrecht verallgemeinert wurde, hatte jeder römische Bürger die origo in Rom, so daß er dort verklagt werden konnte. Hatte er außerdem das Bürgerrecht in einer andern Stadt, so hatte er der Klage gegenüber das jus domum revocandi, d. h. das Recht, die Sache an sein Heimathsgericht zu bringen.

Mit dem forum originis konkurrirt das forum domicilii d. h. des Wohnsitzes des Beklagten.

Beide fora sind zuständig für alle Sachen, die gegen diesen Beklagten anhängig werden können. Für besondere Sachen gab es besondere fora. So das forum contractus, d. i. dasjenige Gericht, in dessen Bezirk der Beklagte einen Contrakt zu erfüllen hat, für die Klage auf Erfüllung desselben, ferner das forum gestae administrationis, d. i. das Gericht, in dessen Bezirk eine Vermögensverwaltung geführt worden ist, für Klagen aus dieser Verwaltung, das forum delicti commissi, d. i. das Gericht, in dessen Bezirk ein Delikt begangen ist, für die Deliktsklage, das forum rei sitae, d. i. das Gericht, in dessen Bezirk sich eine Sache befindet, für die auf diese Sache bezüglichen dinglichen Klagen.

Ein an sich unzuständiges Gericht konnte durch Vereinbarung zuständig werden. Die Vereinbarung bethätigte sich durch die im Bewußtsein der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts widerspruchslos vorgenommene Litiskontestation.*)

Die von einer unzuständigen Behörde vorgenommenen Prozeßhandlungen sind nichtig.

---

*) Vgl. namentlich Menzinger: Der Gerichtsstand der Vereinbarung nach röm. Recht, 1888. Adam: Die civilprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtl. Entwicklung, 1888.

Digitized by Google

§ 59. Richter konnte nur sein, wer die Fähigkeit zu diesem Amte besaß und nicht von der Partei mit Grund abgelehnt wurde.

Unfähig sind nach dem Ausspruche des Juristen Paulus natura surdus, mutus et perpetuo furiosus et impubes quia judicio carent; lege qui Senatu motus est; moribus feminae et servi, non quia non habent judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur. Als unmündig aber galt, wer noch nicht die plena pubertas d. h. das Alter von 18 Jahren erreicht hatte.

Die Richter wurden ursprünglich dem Senat entnommen. Die wachsende Vermehrung der Geschäfte führte später aber zu einer Erweiterung des Personenkreises, der die judices stellte. Es kamen hinzu die equites illustres mit senatorischem Census und die equites. Augustus und Caligula zogen die nächst jenen höchstbesteuerten heran. Aus den Mitgliedern dieser Personenklassen wurde das album judicum, d. h. ein offizielles Verzeichniß der zum Richteramt fähigen Personen gebildet.

Zur Aufnahme in diese Liste war früher ein Alter von wenigstens 25, seit Augustus nur noch von wenigstens 20 Jahren erforderlich.

Befreiungsgründe mußten vor dem Magistrat geltend gemacht werden.

Verwandtschaftliches Verhältniß des Richters zu einer Partei machte den ersteren zur Ausübung seines Amtes nicht unfähig. Dieser und andere den Verdacht der Parteilichkeit begründende Umstände konnten nur im Wege der recusatio suspecti, d. h. eines von der bedrohten Partei erhobenen und der Entscheidung des Magistrats unterliegenden Einwandes geltend gemacht werden. Als eine Bestellung der Richter nicht mehr erfolgte, war der Ablehnungsgrund vor der Litiskontestation geltend zu machen.

bb. Die Parteien.

§ 60. Das römische Recht hat schon in frühester Zeit den Parteibegriff scharf normirt und ist früh auch dazu gelangt, die Parteirollen fest zu begrenzen.**)

*) L. 12, § 2 D de jud. 5, 1.

**) Ueber deutsches Recht vergl. Bd. II, Heft 1: Der mittelalterlich-deutsche Prozeß § 31.

Digitized by Google

Die Begründung des Prozesses erfolgte durch einen von bestimmten Personen vorgenommenen prozeßrechtlichen Akt. Parteien waren daher nur diejenigen Personen, welche in das durch die Litiskontestation begründete Prozeßverhältniß zu einander getreten waren. Es brauchten dies nicht dieselben Personen zu sein, welche durch das privatrechtliche Verhältniß schon vor dem Prozeßbeginn mit einander verbunden waren, vielmehr konnten Personen, die nur die Rechte anderer wahrnehmen sollten, doch zu Parteien in dem angegebenen Sinne werden gleich als ob sie von vornherein in dem materiellrechtlichen, den Gegenstand des Prozesses bildenden Verhältnisse gestanden hätten. Allein die Art und Weise, wie die rechtliche Beziehung dieser Personen zu jenen im Verfahren selbst zum Ausdruck gebracht wurde, war so bestimmt, daß ein Zweifel darüber, ob die thatsächlich handelnden Personen außerhalb des Prozeßverhältnisses geblieben oder in dasselbe eingetreten waren, nicht aufkommen konnte. Da nun das Urtheil als berechtigt und verpflichtet nur diejenigen Personen bezeichnen konnte, welche in dem Prozeßverhältnisse standen, so mußte sich auch die Parteistellung nach demjenigen rechtlichen Interesse bestimmen, das ein jeder an dem Inhalt des begehrten Urtheils an den Tag legte.

Aber dieses Interesse war in allen den Fällen, in welchen die legis actio sacramento in rem stattfand, das gleiche. Wie oben (§ 27) gezeigt wurde, standen bei dieser Prozeßart die Parteien einander mit völlig gleichen Rechtsbehauptungen gegenüber: eine jede machte das Eigenthum an dem streitigen Gegenstande geltend, es war also jede Partei zugleich Kläger und Beklagter. Im Laufe der Zeit jedoch wurde die einseitige Vindikation möglich durch Zuhilfenahme der sponsio*), später durch Gewährung einer formula petitoria. Abgesehen von dieser Rechtsentwicklung aber war in dem Verfahren mit legis actio sacramento in personam eine feste Begrenzung der Parteirollen geboten. Hier wie in den Legisaktionen und im Formularprozeß ist Kläger (actor) derjenige, welcher einen ihm gegen den Andern zustehenden Anspruch**) behauptet und

*) Der Kläger provocirt den Beklagten zur Sponsion: si homo quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, viginti quinque nummos dare spondes? Aus der Sponsion klagte der Fragende mit der condictio certi auf die stipulirte Summe.

**) S. darüber den Allgemeinen Theil. Bd. I, § 30.

Digitized by Google

die Feststellung dieses Anspruches durch Urtheil begehrt, Beklagter (reus) derjenige, welcher das Dasein jenes Anspruches bestreitet und ein anspruchverneinendes Urtheil verlangt. Neben den Bezeichnungen actor und reus stehen, namentlich für dingliche Klagen, die Namen petitor und possessor.

Aus dem Gesagten folgt, daß vor der Litiskontestation weder die Personen, welche in das Prozeßverhältniß eintreten sollten, noch die Parteirollen, welche diese Personen später bekleideten, feststanden. Wenn gleichwohl die Parteien schon vor dem genannten Zeitpunkt mit jenen Namen belegt werden, so stützt man sich dabei auf die Erfahrung, daß derjenige, der durch die Ladung den ersten Schritt zur Litiskontestation thut und in formloser Weise zu erkennen giebt, daß er einen Anspruch behaupten werde, regelmäßig auch derjenige ist, der in dem Akt der Litiskontestation als der anspruchbehauptende Theil auftreten wird. Im Formularprozeß giebt er seine nachherige Parteistellung deutlich dadurch zu erkennen, daß er in der postulatio und editio actionis auch schon den Anspruch bezeichnet, über den ein judicium angeordnet werden möge: kommt es dann in der That zur Formelertheilung, so ist er auch derjenige, dem vom Prätor die redigirte Formel übergeben wird. Mit welcher Schärfe gerade der Formularprozeß zwischen den Parteirollen unterscheidet, ergiebt das Beispiel der interdicta duplicia (§ 47). Hier wird eine einfache Streitfrage in vier verschiedene Stipulationen aufgelöst, jede dieser Stipulationen hat einen reus promittendi und einen reus stipulandi, alle vier Ansprüche werden behauptet und zum Gegenstande besonderer Formeln gemacht, da aber die Streitfrage eine einheitliche ist, so entscheidet derselbe Richter über alle vier Ansprüche.

Die Litiskontestation vornehmen und dadurch Partei werden kann nur derjenige, welcher in Privatrechtsverhältnissen stehen kann, daher fehlte sie den Sklaven, ferner den Hauskindern, soweit es sich um ihnen zustehende Vermögensrechte handelte.*) Diese Personen waren nicht parteifähig.

*) Da Hauskinder kein eigenes Vermögen haben konnten, also insoweit nicht Rechtssubjekte waren, konnten sie auch nicht als Kläger auftreten, wogegen sie sich verpflichten, also auch verklagt werden konnten.

Digitized by Google

Wer parteifähig ist, braucht deshalb nicht prozeßfähig zu sein, d. h. durch prozessualische Handlungen rechtliche Wirkungen begründen zu können. Dieser letzteren Fähigkeit ermangeln, da die Prozeßhandlungen Rechtsgeschäfte sind, die Handlungsunfähigen; sie bedürfen des — gesetzlichen — Vertreters (s. § 61); sie fehlt ferner kraft positiver Vorschrift den höheren Beamten während des Amtsjahres.*)

Wenn ein Anspruch mehreren Personen oder gegen mehrere Personen zusteht,**) so konnte die Klage Eines oder gegen Einen der Mehreren zugelassen werden, wenn dieser Eine Kaution stellte, daß die Anderen die Prozeßführung genehmigen werden. Als Partei trat dann nur der Eine auf, welcher litem kontestirte, aber die Prozeßführung wirkte im Falle der Genehmigung für und gegen Alle, im Falle versagter Genehmigung war sie auch ihm selbst gegenüber wirkungslos. In allen den Fällen, in denen der eine Anspruch jedem Berechtigten oder gegen jeden Verpflichteten ganz zustand, wirkte die Litiskontestation konsumirend auf Recht und Pflicht Aller: die Prozeßführung Eines war hier also unbedingt zulässig. In beiden Fällen konnten die mehreren Berechtigten oder Verpflichteten sich auch zu gemeinsamer Prozeßführung verbinden; in solchem Falle waren so viele einzelne Ansprüche vorhanden als Personen als berechtigt oder verpflichtet auftraten, es war also auch eine Mehrheit einzelner Rechtsstreitigkeiten gegeben. Der Gedanke aber, daß die Verschiedenartigkeit der richterlichen Beurtheilung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses dem öffentlichen Rechte widerstreite, führte dazu, entweder für alle diese Rechtsstreitigkeiten eine einzige Formel zu geben oder in den mehreren Formeln einen einzigen Richter zu bestellen.***)

Wer am Ausgange eines zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreits ein rechtliches Interesse hatte, konnte sich zum procurator derjenigen Partei bestellen lassen, der er zu einem obsieglichen Urtheile verhelfen wollte, oder er konnte als ihr Beistand auftreten. Das Recht, selbständig in den Prozeß einzutreten und selbständig Prozeßhandlungen vorzunehmen, scheint ihm erst im 2. Jahrh. nach Chr. gegeben

*) Hadrian. L. 48 D. de jud. 5, 1.

**) S. namentlich Planck: die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. 1844. v. Bethmann-Hollweg C.-P. II § 101 S. 463 ff.

***) Quintil. inst. orat. III, 10. L. 6 D. de exc. rei jud. 44, 2.

Digitized by Google

worden zu sein, denn aus dieser Zeit wird berichtet, daß der Dritte die Befugniß zur Einlegung der Appellation erhalten habe.*)

§ 61. Stellvertreter.**) Gajus berichtet (IV, 82) von der Zeit des Legisaktionenprozesses, daß es nicht gestattet war, alterius nomine agere. Dieser Grundsatz beruhte offenbar auf dem Gedanken des älteren römischen Rechts, daß Rechtswirkungen nur für und gegen diejenigen Personen begründet werden können, welche den rechtsbegründenden Akt vornehmen: es konnte also auch die Litiskontestation ein Prozeßverhältniß nur unter denjenigen Personen herstellen, durch deren Zusammenwirken sie zu Stande gekommen war. Von diesem Grundsatze mußte man indessen in allen den Fällen, in denen die Partei durch eigene Handlungen jenes Verhältniß zu begründen nicht fähig war, Ausnahmen zulassen. Wo hingegen nur ein augenblicklich waltendes Hinderniß oder Bequemlichkeit die Partei von der persönlichen Wahrnehmung ihrer Rechte vor Gericht abhielt, da mochte man sich durch Bestellung eines adstipulator helfen, ein Mittel, das freilich nur in Streitigkeiten über Forderungsrechte zu verwerthen war.

So läßt sich also für den älteren römischen Civilprozeß nur von der Zulässigkeit einer nothwendigen Stellvertretung sprechen. Es konnte geklagt werden pro populo, pro libertate, pro tutela und ex lege Hostilia (pr. J. de his per quos ag. pos. 4, 10):

a) Pro populo: in Prozessen um Vermögensrechte des römischen Staates oder römischer Bürgergemeinden mußte und durfte für diese ein Stellvertreter handeln;
b) pro libertate: in Prozessen um die Freiheit eines Menschen mußte für diesen, da er nicht Prozeßpartei und Streitgegenstand zugleich sein konnte, ein Stellvertreter, ein sog. assertor in libertatem, auftreten;
c) pro tutela: der Vormund durfte die Prozesse seiner Mündel führen;***)

*) L. 4 § 2 sq. L. 5, 6, 14 D. de appell. 49, 1. L. 2 D. quando appell. 49, 4. Vgl. auch Wach: Handbuch I, § 56 Anmerk. 2.

**) Buchta: Inst. § 156. v. Bethmann-Hollweg I 32 II 416 ff. III 167 ff. Keller: §§ 52 ff. 61. Wlassak: Zur Geschichte der negotiorum gestio. 1879. S. 39 ff. Gisele: Cognitur und Prokuratur. 1881. Rümelin: zur Gesch. der Stellvertretung im röm. C.-P. 1886.

***) Ueber den Streit betreffs der Bedeutung des pro tutela s. Rümelin a. a. O. S. 28 ff.

Digitized by Google

d) ex lege Hostilia: die actio furti konnte im Namen eines Kriegsgefangenen oder eines im Staatsintereſſe Abweſenden durch einen Vertreter erhoben werden.

Man pflegt unter den Vertretern auch den vindex aufzuzählen.*) Es ſei indeß bemerkt, daß der vindex nicht nur den Prozeß, ſondern auch die Zahlungspflicht des in jus vocatus oder des mit manus injectio bedrohten auf ſich nahm und im Falle ſeines Unterliegens auf das doppelte verurtheilt wurde. Er ſtreitet alſo über ſeine eigene Verbindlichkeit und kann daher nicht eigentlich als Stellvertreter bezeichnet werden, auch die Römer haben ihn als ſolchen nicht aufgefaßt, da er unter die von ihnen aufgezählten Fälle zugelaſſener Stellvertreter nicht aufgenommen iſt.

Die gewillkürte oder freiwillige Stellvertretung hat ſich erſt unter der Herrſchaft des Formularprozeſſes entwickelt und konnte ſich erſt jetzt entwickeln. Man hielt zunächſt zwar feſt an dem Grundſatze, daß das Prozeßverhältniß (dominium litis) nur unter den Perſonen begründet werde, die in der Litiskonteſtatio einander gegenübergetreten waren, aber die Formel ließ die Möglichkeit zu, das Prozeßverhältniß auch äußerlich von dem materiellen Rechtsverhältniß zu ſcheiden, indem die intentio auf den Namen des Vertretenen, die condemnatio aber auf den Namen des Vertreters geſtellt wurde z. B. Si paret, Numerium Negidium Publio Maevio sestertium decem milia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium decem milia condemna. Hier iſt erkenntlich gemacht, daß dem Maevius die im Streite befangene Forderung zuſteht, Titius aber als ſein Stellvertreter auftritt.**)

Der Vertreter konnte ein cognitor oder ein procurator ſein.

a) Cognitor iſt der in Gegenwart des Gegners, mündlich und mit beſtimmten Worten beſtellte Vertreter. Die Beſtellung kann in Abweſenheit des cognitor und braucht nicht vor dem Magiſtrat zu erfolgen. Als Wortformeln, die bei der Ernennung üblich waren, überliefert Gajus:

Quod ego a te fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do — quod tu a me fundum petis, in eam rem L. T. tibi cognitorem do.

*) Rümelin a. a. O. S. 55.
**) Gai. inst. IV 83, 97.

Digitized by Google

Quod ego tecum agere volo, in eam rem L. T. tibi c. d., quod tu mecum agere vis, in eam rem etc.

Diese Solennität bewirkt, daß der cognitor wirklicher Stellvertreter wird, d. h. mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung für und zum Nachtheile des dominus handelt. Wenn also der cognitor nicht gleichzeitig in rem suam bestellt, also nicht auch in das materielle Rechtsverhältniß eingetreten ist, so steht die actio judicati dem Vertretenen und gegen ihn zu.*)

b) Procurator ist der formlos, in Abwesenheit und ohne Wissen des Gegners bestellte Vertreter. Man konnte auch ohne Auftrag für einen Andern, z. B. für einen Abwesenden, auftreten. Später pflegte man die Bestellung persönlich vor Gericht zu erklären (procurator apud acta factus) oder eine schriftliche Vollmacht zu den Akten einzureichen.

Diese formlose Art der Prokuratorenernennung hat zur Folge, daß sie als ein außerhalb des Prozesses sich vollziehender und daher diesen nicht berührender Akt behandelt wird. Der Prozeß erscheint daher als eine Angelegenheit des Prokurators, und der dominus ist nicht gehindert, das in jenem Prozesse befangene Recht als eigenes Recht geltend zu machen, m. a. W. das Klagerecht wurde durch die Litiskontestation des Prokurators mit dem Gegner ursprünglich nicht konsumirt. Der Gefahr, die hiernach die Zulassung einer Stellvertretung für den Gegner des Vertretenen nach sich zog, begegnete man durch Kautionen: der Vertreter des Klägers hatte dafür Sicherheit zu leisten, amplius eo nomine neminem petiturum, der des Beklagten leistet die cautio judicatum solvi (Gai. IV, 98). Dafür kann aber der dominus aus der Prozeßführung seines Vertreters auch keine Rechtswirkungen für sich herleiten: die actio judicati steht dem procurator und gegen ihn zu. Dieser Rechtszustand bestand noch zur Zeit des Gajus und erklärt sich aus dem Bedürfniß, für Personen, die längere Zeit abwesend waren und bei ihrem Weggange den jetzt entstandenen Prozeß nicht füglich hatten vorhersehen können, auftraglose Stellvertreter zuzulassen. Später begann man zwischen dem Falle der auftragslosen und der beauftragten Vertretung zu scheiden, da ja überall da, wo ein bestimmter Auftrag vorlag, an der Genehmigung der Prozeßführung durch den Auftraggeber nicht gezweifelt werden konnte. Man verlangte daher jene Kautionen nur noch in den Fällen,

*) Fragm. Vatic. 317.

Digitized by Google

in denen ein Mandat nicht oder nicht in zweifelsfreier Bestimmtheit vorlag, legte aber in allen Fällen, in denen ausdrückliche Vollmacht ertheilt war, der Litiskontestation des Stellvertreters Consumtionswirkung bei. Dafür aber ward die actio judicati dem dominus und gegen denselben gegeben.*)

In das Prozeßrechtsverhältniß trat auch jetzt nur der Vertreter.

Schon vorher hatte man den procurator praesentis d. h. dessen, der am Gerichtsort anwesend war, dem cognitor gleichgestellt.

Zu erwähnen ist noch, daß man mit dem Namen defensor sowohl den cognitor als den procurator des Beklagten, vorzugsweise aber den unbeauftragten Stellvertreter des Beklagten zu bezeichnen pflegte.**)

Die Uebernahme von Prozeßvertretungen wurde schon in der republikanischen Zeit gewerbsmäßig betrieben, sie unterlag indessen einzelnen Beschränkungen.

§ 62. Beistände. Schon in älterer Zeit war es üblich, vor Magistrat und Richter in Begleitung von Beiständen zu erscheinen. Man nannte patronus oder orator denjenigen, der die erforderlichen Anträge an den Magistrat oder Geschworenen richtete und vor dem Richter plaidirte d. h. die Anträge begründete, advocatus denjenigen, der die Partei mit seinem rechtskundigen Rath oder — indem er mit ihr vor Gericht erschien — durch sein bloßes Ansehen unterstützte.

In der Kaiserzeit behoben sich die Unterschiede, d. h. es pflegten die Juristen, die der Partei Rath ertheilten, auch neben ihr vor Gericht aufzutreten und an ihrer Statt zu sprechen. So bildete sich ein freier Advokatenberuf (advocati, togati, causidici, patroni, juris periti), der sich in nachklassischer Zeit in einen unter staatlicher Aufsicht stehenden, von der Erfüllung öffentlichrechtlicher Vorbedingungen abhängigen, in mancher Beziehung privilegirten Stand verwandelte. Es konnte als Advokat nur auftreten, wer das Studium des Rechts betrieben und die Zulassung zum Berufe des Advokaten durch eine staatliche Behörde erhalten hatte. Die bei einem Gericht zugelassenen Advokaten bildeten eine Corporation und standen

*) S. Eisele a. a. O. § 36. Rümelin a. a. O. §§ 15, 16 Wach Handb. I S. 558 Anm. 4 u. 5.

**) Gai. IV 101. l. 33 § 2 D. de proc. 3, 3. l. 11 § 7 D. de exc. rei jud. 44, 2.

Digitized by Google

unter der Disciplinargewalt des Gerichtsvorsitzenden. Dieselben wurden in eine Liste eingetragen und hießen statuti, während die nicht eingetragenen, die sog. supernumerarii, welche in die frei werdenden Stellen der statuti aufrückten, nur an den untergeordneten Gerichten plaidiren durften.

Mit dieser Entwicklung wandelten sich die Anschauungen und Rechtsgrundsätze betreffs der Belohnung der Beistände. Ursprünglich galt die Beistandleistung als eine Ehre, ja häufig wurde sie geübt von denen, die sich für das Auftreten im Senat oder in den Volksversammlungen schulen wollten. Die lex Cincia (a. u. 550, v. Chr. G. 204) gab dieser Anschauung Ausdruck, indem sie dem Beistande die Annahme von Geschenken versagte. Die Entstehung eines Advokatenberufes aber gestattete nicht mehr, die dem Advokaten versprochene Belohnung als Geschenk zu behandeln. Man überließ die Bestimmung der Höhe des Honorars der freien Vereinbarung der Parteien, setzte jedoch eine äußerste Grenze (10,000 Sesterzen oder 100 Aurei), welche das Honorar nicht überschreiten sollte,*) fest und gab dem Advokaten auf Zahlung des Honorars die extraordinaria persecutio. Verboten war und blieb aber die Festsetzung eines besonderen Honorars für den Gewinn des Prozesses (pactum de palmario) und die Festsetzung eines Theiles des Streitgegenstandes als Siegespreis (p. de quota litis).

Was der Anwalt in Gegenwart seines Clienten vor Gericht vorträgt, gilt als Erklärung der Partei, wenn diese nicht innerhalb dreier Tage widerspricht.**)

Wer als Beistand auftreten wollte, mußte von jeher die Postulationsfähigkeit besitzen. Diese Fähigkeit, welche von Ulpian in l. 1 § 2 D. de postulando 3, 1 dahin definirt wird: Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui in jure apud eum qui jurisdictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere, ist zu unterscheiden von der Prozeßfähigkeit. Wer die letztere besitzt, kann selbständig, sei es durch eigene oder durch die von einem gewillkürten Vertreter geübte Thätigkeit ein ihn selbst erfassendes Prozeß-

*) Taciti ann. 11,7; 13,5; Sueton. Nero 17. Der aureus (von Cäsar eingeführte Goldmünze) = 100 Sesterzen hatte ursprünglich einen Werth von 22,88 Mark. Unter Caracalla hatte er einen Werth von nur 18,27 M. Jene Grenze betrug also nach unserem Gelde etwa 2000 Mark.

**) Cod. 2, 10.

Digitized by Google

verhältniß begründen*), die Postulationsfähigkeit dagegen ist eine technische Eigenschaft.**) Sie fehlt gänzlich den Personen unter 17 Jahren und den völlig Gehörlosen. Diese müssen sich daher auch in eigener Sache eines Fürsprechers bedienen. Andere Personen konnten zwar für sich, nicht aber für Andere postuliren.***)

b. Die Prozeßhandlungen.

aa. Die Handlungen an sich.

α. Die Handlungen der Parteien.

αα. Inhalt der Parteihandlungen.

§ 63. Der Betrieb des Prozesses lag in den Händen der Parteien: durch Parteienthätigkeit wurde der Prozeß begründet und ohne fortgesetztes Handeln der Parteien konnte der Prozeß nicht seine Erledigung finden.

Prozeßbegründungsakt war im Legisaktionen- und im Formularprozeß die Litiskontestation, d. h. ein zweiseitiges auf Entstehung des Prozeßrechtsverhältnisses gerichtetes prozessualisches Rechtsgeschäft der Parteien, wie es oben in §§ 29, 41 dargestellt und charakterisirt worden ist. Im spätkaiserlichen Prozeß hatte die Litiskontestation nicht mehr die Bedeutung eines das Prozeßverhältniß begründenden, sondern eines das Vorhandensein desselben feststellenden Aktes. An Stelle der Litiskontestation war die Ladung getreten. Ohne Ladung war aber auch im älteren Prozesse die Litiskontestation unmöglich. Denn nur durch die Ladung wurden die Parteien vor dem Jurisdiktionsmagistrat zusammengeführt. Sie war also die erste, einleitende Handlung und muß hier ausführlicher dargestellt werden.

§ 64. 1. Die einzige Ladungsform†) ist im Legisaktionenprozeß die in jus vocatio. Sie ist die vom Kläger an den Beklagten persönlich und mündlich gerichtete Aufforderung,

*) S. Allg. Theil § 32.

**) Wach: Handbuch I S. 606.

***) Vgl. Dig. 3, 1 und 3, 2.

†) Puchta J. § 160. 184. Keller §§ 46—48. v. Bethmann-Hollweg I §§ 32 ff. II §§ 83, 122. III §§ 151, 152. Karlowa C.-P. S. 320 ff. Voigt: Zwölf Tafeln I S. 534 ff. Derselbe: Vadimonium 1881. Baron Inst. §§ 194. 220 III.

Digitized by Google

ihm sofort vor die Gerichtsobrigkeit zu folgen. Die zwölf Tafeln bestimmen hierüber folgendes: Si in jus vocat, ito; ni it, antestamino; igitur eum capito; si calvitur pedemve struit, manum endo jacito; si morbus aevitasve vitium escit, qui in jus vocabit, iumentum dato; si nolet, arceram (Sänfte) ne sternito. Diese knappen Sätze sind vom prätorischen Edikt ergänzt und erweitert worden; sie bezeichnen die i. j. v. vor allem als ein zwingendes Parteigebot, demgegenüber selbst hohes Alter oder Krankheit nicht entschuldigen; wo ein Hinderniß dieser Art obwaltet, hat der in jus vocans dem Belangten vielmehr ein einfaches Fuhrwerk zu stellen. Die Weigerung des vocatus, der Aufforderung Folge zu leisten, wird vor Zeugen festgestellt, sie giebt dem vocans die Befugniß, Hand an den Geladenen zu legen und ihn mit Gewalt vor den Prätor zu führen. Bei der vindicatio gehörte indeß zur Vollständigkeit der Ladung die Aufforderung, den Gegenstand des Anspruches mit vor die Gerichtsobrigkeit zu bringen, die Befugniß der Handanlegung und gewaltsamen Fortführung stand deshalb dem vocans auch hinsichtlich dieses Gegenstandes zu.

Die Eigenschaft verpflichtenden Gebotes wohnte der Ladung jedoch nur dann bei, wenn sie vorgenommen war unter Beobachtung der durch Gesetz oder Sitte vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Sie durfte nicht ausgesprochen werden innerhalb der Behausung des Geladenen, denn die Ueberschreitung der Schwelle gegen oder ohne die Zustimmung des paterfamilias galt als Hausfriedensbruch; sie durfte ferner nicht vorgenommen werden zu unpassender Zeit, z. B. wenn der Geladene gerade als Geschworener thätig ist, wenn er einen Verwandten beerdigt, ein Opfer vollzieht oder andere seine Anwesenheit erfordernde Handlungen vornimmt. Die Ladung einer Respektsperson (Eltern, Patron) hängt von der vorherigen Genehmigung des Magistrats ab, und gegen eine Matrone durfte nicht Gewalt angewendet werden. War der zu Ladende außerhalb seiner Behausung nicht anzutreffen, so durfte der vocans an drei verschiedenen Tagen vor dem Hofthore des vocatus erscheinen und von hier die Aufforderung, den erhobenen Anspruch zu erfüllen, mit vernehmlicher Stimme in das Gehöft hineinrufen; blieben diese Mahnungen unbeachtet, so durfte Kläger an einem ferneren Tage das Haus seines Gegners betreten, um innerhalb desselben die vocatio vorzunehmen.

Digitized by Google

Der in gehöriger Form Geladene konnte sich der Verpflichtung sofortiger Folge nur dadurch entziehen, daß er einen vindex stellte, d. i. eine Person nannte, die die Verpflichtung sofortiger Einlassung auf die Klage des vocans übernahm und der vocatio ungesäumt Folge leistete.*) Auch konnte ein vadimonium für den Beklagten befreiend wirken. Man verstand hierunter das — regelmäßig durch Bürgenstellung zu bestärkende — Versprechen, sich an einem bestimmten Tage zur Verhandlung einer bestimmten Streitsache zu stellen.**) Doch brauchte der Kläger auf ein derartiges Angebot des vocatus nicht einzugehen, während er die Stellung eines tauglichen vindex annehmen mußte.

Durch das vadimonium, das eine Vereinbarung über freiwilliges Erscheinen bildete, erlangte der Beklagte den Vortheil, vorbereitet vor dem Magistrat zu erscheinen.

Ob der Kläger schon bei der in jus vocatio seinen Anspruch zu bezeichnen hatte, ist bestritten, dürfte indeß zu verneinen sein.

2. Die Ladungsform der in jus vocatio ist in Uebung geblieben bis spät in die klassische Zeit. Aber wie es auf der einen Seite allgemeiner Brauch wurde, die strengen Folgen der Ladung durch vadimonium abzuwenden, so wurde auf der andern Seite das Bedürfniß nach einem wirksamen Rechtsschutz gegen die absichtliche Vereitelung der Ladungsabsicht empfunden. Der Prätor gewährte deshalb die Einweisung in das Vermögen desjenigen, der sich böslich versteckt hielt oder sich überhaupt in irgend einer Art der vocatio entzog, er gab ferner eine Strafklage gegen denjenigen, der der vocatio weder Folge leistete noch einen vindex stellte, und eine gleiche Klage gegen den Dritten, der den Beklagten der vocatio mit Gewalt entzog, oder die Erfüllung des Vadimonium verhinderte.***)

3. In der Kaiserzeit, und zwar schon vor Mark Aurel, trat anfangs neben, später an die Stelle der in jus vocatio eine andere Ladungsform, die litis denunciatio. Sie

---

*) Gai. IV, 46. S. darüber noch Demelius und Lenel (Zeitschrift für R.-Gesch. Bd. 1 ff. 43 ff.) und Max Rümelin: Zur Gesch. d. Stellvertretung S. 75 ff.

**) Gai. IV, 118: vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat, se certo die sisti.

***) Gai. IV, 46. l. 2 § 1 D. si quis in jus voc. 2, 5; l. 1 pr. l. 4 § 2 D. ne quis eum 2, 7. § 12 I. de act, 4, 6. l. 3 pr. D. de eo per quem factum est 2, 10; l. 3 D. si quis caut. 2, 11.

Digitized by Google

hat sich jedenfalls aus der alten i. j. v. entwickelt und gleicht derselben darin, daß sie, wie diese, ein einseitiger Privatakt ist, sie zwingt aber nicht zu sofortiger Folge vor Gericht, sondern enthält lediglich die Ankündigung eines Prozesses über einen schon jetzt bestimmt bezeichneten Anspruch und die Bezeichnung des Termines, an welchem Kläger sich zur Erhebung seiner Klage vor Gericht einfinden werde. Dieser Termin durfte nicht über vier Monate hinaus angesagt werden (§ 51).

Die denuntiatio erfolgte anfangs mündlich vor Zeugen, welche dieselbe privatim beurkundeten; seit Constantin erfolgte sie in Gegenwart eines zur Aufnahme von öffentlichen Urkunden befugten Beamten und wurde von diesem beurkundet.*)

Im justinianischen Recht wird der denunciatio nicht mehr Erwähnung gethan. Jedenfalls ist sie vor Justinian durch ein nicht auf uns gekommenes Gesetz abgeschafft worden oder außer Gebrauch gekommen.

4. Für die cognitio extraordinaria bildete die auf Antrag des Klägers durch den Magistrat verfügte und entweder vom Antragsteller selbst oder von dem Municipalmagistrat des Wohnsitzes des Beklagten ausgeführte Ladung die regelmäßige Form der vocatio. Dieselbe war auch in allen den Fällen zugelassen, in welchen die litis denunciatio wegen der mit dieser verbundenen beträchtlichen Einlassungsfrist nicht zweckmäßig erschien. Unter Justinian ist die amtliche Ladung die einzige Form. Sie geschieht hier in der Weise, daß der Kläger einen libellus conventionis, eine Klageschrift, in welcher der Grund und der Gegenstand des zu erhebenden Anspruchs kurz bezeichnet sind, und welcher vom Kläger unterschrieben ist, dem Gericht übergiebt, daß dieses die Klageschrift einem Unterbeamten mit dem Befehle übergiebt, den Beklagten zu dem vom Gericht angesetzten Termine zu laden, und daß dieser den Ladungsbefehl und die Klageschrift dem Beklagten gegen Ausstellung eines ἀντιβίβλος d. h. gegen Empfangsbescheinigung übermittelt.**)

§ 65. Die Thätigkeit der Parteien bei der Prozeßverhandlung (der Stoffvorlage***) hatte in jure ein anderes Ziel als in judicio, und diese Verschiedenheit des Zweckes

*) L. 2 Cod. Theod. de denunt. (2, 4).
**) Nov. 53 c, 3 § 2.
***) Allgemeiner Theil §§ 50 ff.

Digitized by Google

begründete eine Verschiedenheit der rechtlichen Natur der dort und der hier geübten Parteienthätigkeit.

In jure drängte alles darauf hin, die Litiskontestation herbeizuführen und dieser einen Inhalt zu geben, der die Berücksichtigung möglichst alles dessen sicherte, was die Partei in ihrem Interesse in judicio berücksichtigt wissen wollte. Waren nun aber durch die Litiskontestation die Grenzen gesteckt, innerhalb deren sich der Rechtsstreit bewegen durfte, so war es nun Aufgabe der Parteien, den Richter von dem thatsächlichen Vorhandensein der Bedingungen zu überzeugen, von denen der Inhalt seines Urtheils abhing. Da es nun zur Litiskontestation nur kommen konnte, wenn von den Parteien rechtlich erhebliche d. h. Behauptungen aufgestellt waren, welche nach dem Willen des vom Staate anerkannten Rechtes einen Einfluß auf das Urtheil haben konnten, so genügte es, wenn die Parteien in jure fertig formulirte Rechtsbehauptungen vortrugen, ohne die Thatsachen mitzutheilen, aus denen sie selbst ihre Rechtsbehauptung herleiteten; in judicio aber waren sie genöthigt, Thatsachen zu behaupten und für bestrittene Thatsachen Beweise zu erbringen.

Im Legisaktionenprozeß kam dieser Gedanke in seiner Reinheit zur Bethätigung. Hier bestand für die Parteien die Nöthigung, ihre Behauptungen nach den Gesetzesworten zu formuliren und also in Gestalt bloßer Rechtsbehauptungen vorzutragen. Wenn beide Parteien erklärten: Hunc ego fundum ex jure Quiritium meum esse ajo, oder wenn der Kläger sagte: Ajo te mihi decem milia dare oportere, selbst wenn er hinzusetzte ex sponsione oder ex literis, und der Beklagte nur entgegnete: nego me tibi X. milia dare oportere, so war nicht ersichtlich, welche Thatsachen den einen zu seiner Behauptung und den andern zu seiner Gegenerklärung veranlaßten, und es war völlig überflüssig, diese Thatsachen mitzutheilen. Denn die Aufgabe des Prätors bestand ja nur darin, zu prüfen, ob den Gesetzesworten Genüge geleistet sei, Sache des Richters war es, zu entscheiden, ob die Thatsachen, durch welche die Parteien sich zu ihren Rechtsbehauptungen veranlaßt fühlten, ihren Schluß in der That rechtfertigten, und ob diese Thatsachen wahr seien.

Die Einführung des Formularprozesses änderte hieran grundsätzlich nichts; denn gründeten die Parteien ihre Angriffs- und Abwehrmittel auf die civile lex oder auf das Edikt, so genügte die einfache Bezugnahme ohne Anführung von That-

Digitized by Google

sachen. Wenn z. B. der Kläger die rei vindicatio anzustellen beabsichtigte, so behauptete er nach wie vor nur sein Eigenthum an der vom Gegner besessenen Sache und verlangte, daß der Prätor zur Anordnung des judicium sich der formula petitoria bediene; ob die Thatsachen, aus denen der Kläger sein Eigenthum ableitete, dieses Recht in Wahrheit begründet hatten, das zu untersuchen war nicht Aufgabe des Prätors, sondern des Richters. Konnte der Kläger nicht Eigenthum, sondern nur Usukapionsbesitz behaupten, so begehrte er die formula Publiciana unter der Erklärung, daß er den Ersitzungsbesitz einer Sache erlangt habe, die gegenwärtig sich beim Beklagten befinde. Anders, wenn für das Begehren der einen oder der andern Partei weder das jus civile noch das Edikt angerufen werden kann, gleichwohl aber der Versuch gemacht werden soll, den Prätor zur Gewährung einer (also neuen) formula oder zur Einstellung einer (also neuen) exceptio, replicatio etc. zu veranlassen, hier muß natürlich der Thatbestand erzählt werden.*)

Als nun die Trennung von jus und judicium aufgehört hatte, da hatte auch die rechtliche Verschiedenheit der hierhin und dorthin gehörigen Behauptungen aufgehört. Wenn es auch genügt haben mag, in der Klageschrift nur den Anspruch zu behaupten, so waren die Parteien in der mündlichen Verhandlung doch genöthigt, ihre Rechtsbehauptungen in Thatsachenmittheilungen aufzulösen.

Hierin zeigt sich eine wesentliche Verschiedenheit zwischen altdeutschem und römischem Civilprozeß: während der erstere sich mit der Rechtsbehauptung der Partei begnügt,**) verlangt der letztere, daß die Partei die sämmtlichen Thatumstände, die nach ihrer Ansicht das von ihr behauptete Recht begründen, dem Richter mittheile und diesem damit die Möglichkeit gewähre, die Richtigkeit des gezogenen Schlusses zu prüfen. Das Recht war bei den Römern eben eine über den Parteien stehende Norm, man konnte daher die Entscheidung über die Rechtserheblichkeit von Thatumständen auch nur einem über die Parteien gestellten, objektiv urtheilenden Dritten d. i. dem Richter überlassen. Das allein entsprach dem Gedanken des staatlichen Schiedsrichterthums (§ 3).

Allein, wie in anderen Prozeßsystemen, so bestand auch im römischen Civilprozeß die Verhandlungsthätigkeit der

*) Keller § 40,
**) S. mittelalterlich-deutschen Prozeß § 37.

Digitized by Google

Parteien nicht ausschließlich in Rechtsbehauptungen und Thatsachenmittheilungen, sondern zugleich auch in Willenserklärungen, gerichtet auf die Einräumung prozessualischer Vortheile,*) auf Erlangung einer günstigeren „Situation".**) Eine jede im Prozeß vor dem zuständigen Rechtspflegeorgane abgegebene Rechtsbehauptung oder Rechtsverneinung enthält ohne weiteres die Kundgebung des Willens der Partei, daß das behauptete Recht durch Urtheil als bestehend bezw. als nicht bestehend festgestellt werde. Das der eigenen Rechtsbehauptung entsprechende Urtheil aber enthält den wichtigsten prozessualischen Vortheil, die beste prozessualische Situation, die Rechtsbehauptung ist der Entwurf des begehrten Urtheils.

Im Legisaktionenprozeß ging der feierlichen Litiskontestation eine formlose Verhandlung voraus. Nun haben wir zwar keine quellenmäßige Kunde von dem Inhalte dieser Verhandlung, aber wir wissen, daß sie das Ritual der Litiskontestation so weit vorbereiten sollte, daß dieses in einem Akte erfolgen konnte. Es muß hier also eine zwanglose Gegenüberstellung der beiderseitigen Parteibegehren und die Erörterung der Frage stattgehabt haben, ob das, was die Parteien als Inhalt des verlangten Urtheils vorschlugen, in der That auf eine lex zu stützen war, denn andernfalls war eine legis actio nicht möglich und also durch die denegatio actionis vom Prätor zu versagen. Die für beide Parteien und für den Richter bindende Formulirung der Parteianträge geschah dann allerdings erst durch die Litiskontestation. Besser unterrichtet sind wir in diesem Punkte über den Formularprozeß. Bei diesem begann das Verfahren in jure mit der editio actionis d. h. mit der dem Beklagten gegenüber abgegebenen Erklärung des Klägers, daß und welche formula er vom Magistrat erbitten werde, und mit der postulatio actionis d. h. mit der an den Magistrat gerichteten Bitte des Klägers, die bestimmt bezeichnete formula zur Grundlage eines judicium zu machen oder eine neue formula zu schaffen. Dieser Antrag bezeichnete das Klagebegehren und enthielt zugleich das Gesuch um Verhandlung über die Gewährung der angegebenen formula. Auch die Einstellung von exceptiones, replicationes u. s. w. in die Formel setzte einen dahin gehenden Antrag der Partei

*) Allgemeiner Theil §§ 52, 53. Mittelalterlich-deutscher Prozeß § 37.

**) Kohler: Prozeß als Rechtsverhältniß S. 62 ff.

Digitized by Google

voraus. Ihre für alle Prozeßsubjekte bindende Formulirung erhielten aber die beiderseitigen Parteibegehren erst durch die Litiskontestatio auf Grund der vom Magistrat redigirten Formel.

Freilich deckte sich die klägerische Rechtsbehauptung mit dem Urtheil, das der Kläger begehren durfte, nur dann, wenn er einen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme erhob, da ja das Urtheil immer nur auf Geld lauten konnte. Aber wie im Sakramentsprozeß das Urtheil die Frage zu entscheiden hatte, utrius sacramentum justum, utrius injustum esset d. h. welche Rechtsbehauptung die richtige und welche die unrichtige sei, so konnte auch im Formularprozeß die Geldkondemnation nicht erfolgen, wenn der Richter nicht dem Befehle si paret . . . gemäß die Rechtsbehauptung des Klägers bejaht hatte. Das Urtheil enthielt also ausdrücklich oder stillschweigend eine Feststellung oder Verneinung des vom Kläger behaupteten Anspruches, die Anträge der Parteien waren daher ihrem Wesen nach überall, im Formularprozeß, in welchem die Geldkondemnation oder -Absolution als das Ziel der Parteienthätigkeit auch in der Formel hingestellt war, auch ihrer äußeren Erscheinung nach Urtheilsentwürfe.

Umfang und Inhalt der in judicio zu stellenden Anträge ergab sich aus der jeweiligen Lage des Prozesses.

Im spätkaiserlichen Prozeß war der Urtheilsentwurf im libellus conventionis enthalten. Andere Anträge konnten durch die Lage des Prozesses veranlaßt werden.

Das Antragstellen hieß postulare (s. § 62 a. E.).

§ 66. Von allen Parteihandlungen gebührt der Klage die bei weitem größte Bedeutung. Denn die in ihr enthaltene Rechtsbehauptung giebt die — regelmäßig unabänderliche — Grundlage für den Prozeß und bestimmt den Gegenstand des Urtheils, sowie den Umfang seiner Rechtskraftwirkung. Es frägt sich aber, welche Handlung die Klage des römischen Civilprozesses bildet.*)

Das Wort actio war ursprünglich gleichbedeutend mit legis actio und bezeichnete die Bethätigung des Gesetzeswillens durch Geltendmachung eines vom Gesetze gegebenen privatrechtlichen Anspruches. Zu seiner Bethätigung gelangte der Gesetzeswille aber erst dann, wenn es zur Litiskontestation

*) Bekker: Die Aktionen des römischen Privatrechts.

Digitized by Google

kam, denn bis zu dieser war es ungewiß, ob nicht eine denegatio actionis erfolgen würde. War aber bei dem solennen Akte der Litiskontestation von Seiten des Klägers in Gestalt der legis actio eine Rechtsbehauptung aufgestellt worden, so war damit auch das Verlangen an den Richter gestellt, das Vorhandensein des behaupteten Anspruches durch Urtheil auszusprechen.

Im Formularprozeß aber wurde der Richter erst dann zur Urtheilsfällung verpflichtet, daher die Bitte, ein bestimmtes Urtheil zu fällen, erst dann möglich, wenn der Prätor durch Ertheilung der formula ein judicium angeordnet hatte. Daher kam es, daß man beide Worte in gleicher Bedeutung brauchte (formulam dabo — judicium dabo); es kann aber nicht Wunder nehmen, wenn nach dem Verschwinden des Legisaktionenprozesses das Wort actio, das nun nicht mehr die enge Bedeutung von legis actio haben konnte, schlechthin zur Bezeichnung jedes im judicium verfolgbaren Anspruches verwerthet wurde, und da also actio ohne judicium und dieses ohne formula nicht denkbar war, man auch das Wort actio ohne weiteres in demselben Sinne brauchte wie formula und judicium. Wem die formula ertheilt wurde, der hatte eine actio, d. h. die Rechtsbehauptung des Klägers war von der Ertheilung der formula abhängig. Mit diesem Akte aber wurde der Richter zur Urtheilsfällung verpflichtet, folglich war actio der beim Richter gestellte Antrag, diejenige Rechtsbehauptung durch Urtheil als begründet anzuerkennen, die in der vom Kläger erbetenen formula ihren Ausdruck gefunden hatte.

Es folgt hieraus, daß als Klage im Sinne des älteren römischen Civilprozesses nur der in dem Akte der Litiskontestation vom Kläger an den Richter gestellte Antrag auf Feststellung des bei der Litiskontestation behaupteten Anspruches bezeichnet werden kann. Die editio und postulatio actionis waren nur vorbereitende Akte, der Kläger konnte ebenso wie in der formlosen Vorverhandlung des Legisaktionenprozesses sein Begehren bis zur Litiskontestation ändern: in judicium gelangte der klägerische Anspruch nur, soweit er Gegenstand der Litiskontestation geworden war, nur dieser Anspruch konnte durch Urtheil bejaht oder verneint werden und also in Rechtskraft übergehen.

Da im spätkaiserlichen Prozeß das Verfahren von Anfang an vor den Richter gehörte, so mußte die erste Anrufung desselben, über einen bestimmten Anspruch ein Urtheil zu fällen,

Digitized by Google

die Klage bilden. Sie wird in dem libellus conventionis niedergelegt und bildet die von der Litiskontestation an unverrückbare Grundlage des Prozesses.

Diese Darstellung zeigt zugleich den Gegensatz in der römischen und der germanischen Auffassung von dem Wesen der Klage. Bei den Germanen enthielt diese den Vorwurf eines Unrechtes, bei den Römern ist sie von einem Unrecht des Beklagten unabhängig und ist nichts weiter als der Antrag auf urtheilsmäßige Feststellung eines Rechts.*) Daher ist dem römischen Recht die wichtigste Eintheilung der möglichen Klagearten die gewesen, welche sich an die verschiedenartige Natur der Rechte anschloß. Von prozessualischer Wichtigkeit war der Gegensatz von actio in jus und in factum concepta, sowie das Wesen der actio arbitraria und der actio praejudicialis (s. oben §§ 36, 37). Den Klagegrund gab im Legisaktionenprozeß die lex wieder, im Formularprozeß fand er seinen Ausdruck in der demonstratio (§ 36 No. 1).

Wurde in jure auch vom Beklagten gegen den Kläger ein Anspruch erhoben, so wurden zwar verschiedene Formeln gegeben, aber es wurde nur ein Richter bestellt, gleichviel ob die beiden Klagen mit einander im Zusammenhange standen oder nicht.**) Nach einer Bestimmung Justinians***) kann die Widerklage nur dann gleichzeitig mit der Klage verhandelt und abgeurtheilt werden, wenn sie spätestens bei der Litiskontestation erhoben wird.

Welchen Einfluß die Behauptungen des Beklagten auf die Gestaltung des judicium hatten, ist oben (§ 37) bereits erörtert. Danach waren zu unterscheiden

1. Thatumstände, welche eine Aufhebung des vom Kläger behaupteten Rechtes zur Folge hatten,
2. Thatumstände, welche das klägerische Recht bestehen ließen, aber seine Durchführung gegen den Beklagten hinderten.

Die erstereren wurden im Legisaktionen- wie im Formularprozesse vom Beklagten nur in Gestalt einer einfachen Negation geltend gemacht und bedurften nicht der Hervorhebung in der formula, da bei dem Vorhandensein eines solchen That-

*) Mittelalterlich-deutscher Prozeß § 38.
**) v. Bethmann-Hollweg II 464.
***) Nov. 96 c. 2.

Digitized by Google

umstand es der Richter das non paret . . aussprechen mußte. Die letzteren wurden als Ausnahmen vom Condemnationsbefehl (exceptiones) ausdrücklich in die Formel eingestellt. Im spätkaiserlichen Prozeß mußte der Gegensatz sich nothwendigerweise verwischen, da beide Arten von Thatumständen vor dem Richter vorgebracht werden mußten.

§ 67. Wie die in der Klage enthaltene Rechtsbehauptung, so wendete sich auch die ihrer Begründung dienende Thatsachenmittheilung an den Richter. Dieser hatte an die Rechtsbehauptungen der Parteien den objektiven Maßstab des Rechtes anzulegen, er hatte daher zu prüfen, ob die Thatsachen, aus welchen die Parteien ihre Rechte herleiteten, nach dem vom Staate gewollten Rechte in Wahrheit die von den Parteien behaupteten Rechtswirkungen zu begründen geeignet seien. Hieraus folgte die Nothwendigkeit, durch Anführung dieser Thatsachen dem Richter die Möglichkeit zu gewähren, den von der Partei gezogenen Schluß auch seinerseits zu ziehen, und von der Wahrheit der bestrittenen oder angezweifelten Thatsachen den Richter zu überzeugen, also einen Beweis zu führen.

Es leuchtet ein, daß hier römisches und altdeutsches Recht in schroffem Gegensatze einander gegenüberstehen. Bei den Germanen kam es den Parteien darauf an, diejenige Behauptung aufzustellen, durch deren Beweis alle anderen Parteibehauptungen widerlegt wurden, und der Beweis war die häufig ohne, häufig mit Schwierigkeiten verbundene Erfüllung einer vom Gesetze verlangten Form: daher die Einseitigkeit des Beweissystems.*) Bei den Römern kam es den Parteien darauf an, ihre Rechtsbehauptungen zu substantiiren d. h. sie als das zwingende Ergebniß eines Schlusses hinzustellen und hinsichtlich der als Untersatz dienenden Thatumstände auf die subjektive Ueberzeugung der Person des Richters einzuwirken.**) Der von der Beweisführung der einen Partei ausgehenden Einwirkung aber konnte die Beweisführung der anderen Partei entgegenwirken: daher die Zweiseitigkeit des Beweissystems oder die Zulassung des Gegenbeweises.***) Da es nun aber galt, einen objektiv urtheilenden unparteiischen

*) Mittelalterlich-deutscher Prozeß §§ 37, 40, 44.

**) Allgemeiner Theil §§ 54, 55.

***) Allgemeiner Theil § 88.

Digitized by Google

Mann zu überzeugen, so konnten auch nur diejenigen Beweisgründe und Beweismittel Verwerthung finden und Erfolg haben, die einer objektiven, aber scharfen Kritik Stand hielten. Ob solche Beweismittel vorhanden seien, mußte die nächste und schwerste Sorge der Partei sein, man mußte daher die Nöthigung, einen Beweis zu führen, als eine Last, ein onus probandi, empfinden. Da nun die auf dem Forum gemachte tägliche Erfahrung lehrte, daß gewisse Thatsachen sich nicht oder nur sehr schwer beweisen ließen, so übernahm es das Gesetz, aus gewissen, leicht zu beweisenden Thatsachen auf die zu bewahrheitende andere Thatsache den Schluß zu ziehen, den der Richter hätte ziehen sollen, d. h. sog. praesumtiones aufzustellen; dem Richter blieb in solchen Fällen nur die Freiheit, zu prüfen, ob nicht die konkrete Sachlage den vom Gesetze gezogenen Schluß als einen im gegebenen Falle unzutreffenden darstellte. Es sei nur an die praesumtio Mutiana erinnert; wie leicht konnte sich hier aus den Umständen ergeben, daß der fragliche Gegenstand aus dem Vermögen des Mannes gar nicht herrühren könne. Im Gegensatze zu diesem vom Gesetze gezogenen steht der vom urtheilenden Richter gezogene Schluß, die praesumtio hominis oder facti im Gegensatze zu jener praesumtio juris.

§ 68. Die dem römischen Civilprozeß bekannten Beweismittel sind folgende.

1. Der Eid.*)

Eide, welche zur Erledigung eines Rechtsstreits dienen, kommen im Verfahren in judicio, in jure und auch vor Beginn eines gerichtlichen Verfahrens vor. Obwohl die rechtliche Natur dieser Eide eine verschiedenartige ist, bedarf es der zusammenhängenden Darstellung der gesammten Eideslehre an dieser Stelle.

I. Zur Zeit des Formularprozesses war jeder vor Beginn des Verfahrens in judicio vorkommende Eid Schiedseid, d. h. er wurde von der einen Partei der andern angetragen und von den Parteien zur Bedingung der Streiterledigung

*) Die Behandlung dieser Lehre schließt sich an Demelius: Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse (1887) an. S. jedoch auch Fierich in Grünhuts Zeitschrift 16 S. 71 ff.

Digitized by Google

gemacht. Aber auch hier ist zwischen zwei starken Gegensätzen zu unterscheiden:

1. In allen Prozessen konnte durch Vereinbarung der Parteien die Entscheidung des Streites von einem von der einen Partei der anderen angetragenen Eide abhängig gemacht werden, dessen Inhalt die Parteien vertragsmäßig bestimmten. Der Vorschlag bezw. der Eidesantrag konnte vom Kläger oder vom Beklagten ausgehen; zum Gegenstande der Eidesleistung konnten Thatsachen und Rechtsverhältnisse gemacht werden; Vorschlag und Eidesleistung konnten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens oder nach Beginn desselben in jure erfolgen. Dieser Eid (juramentum voluntarium) beruhte auf einem von den Parteien über das streitige Rechtsverhältniß geschlossenen Vergleiche. Seine Wirkung war daher die einer vertragsmäßigen Feststellung des streitigen Verhältnisses: hatte der Beklagte geschworen, so erfolgte entweder durch den Prätor die denegatio der vom Kläger begehrten actio oder die Aufnahme einer exceptio juris jurandi in die Formel; hatte der Kläger geschworen, so stand ihm nunmehr eine actio juris jurandi zur Geltendmachung des klargestellten Rechtes zu.

2. Nur in einzelnen bestimmten Fällen hatte der Kläger, und nur dieser, das Recht, dem Beklagten über das streitige Rechtsverhältniß einen Eid mit der Wirkung zuzuschieben, daß der Beklagte den Eid entweder leisten oder zurückschieben mußte. Dieser Eid übte einen Zwang gegen den Beklagten aus (juramentum necessarium), seine Zuschiebung konnte nur in jure erfolgen, und seine Leistung oder Nichtleistung hatte die Wirkung eines Urtheils: schwor der Beklagte, so wurde die später etwa doch noch erhobene Klage durch denegatio actionis oder auf Grund der hier der exc. rei judicatae gleichstehenden exc. juris jurandi beseitigt; schwor der Kläger, so galt der Beklagte wie in dem Falle, daß der Beklagte den Eid weder leistete noch zurückschob, als confessus, d. h. es bedurfte nicht erst noch einer Klage, sondern es konnte gegen den Beklagten sofort die Exekution vollstreckt werden. Die Zulässigkeit des juram. necessarium war denn auch auf Fälle beschränkt, in denen das der Partei überlassene Urtheil über das Dasein des streitigen Rechtsverhältnisses von der Bejahung oder Verneinung einer einfachen Thatsache abhing, in denen der Eidesantrag also weder eine zu starke Bedrückung des Gewissens noch eine zu erhebliche Gefahr falscher Beur-

Digitized by Google

theilung nach sich zog.*) Der Zwangseid diente vornehmlich dem Interesse der Beschleunigung einfacher, rascher Erledigung bedürfender Schuldsachen, ist er doch auch durch die lex Silia für die legis actio per condictionem zuerst eingeführt worden.**) Er beruht nicht, wie jener, auf einem Vertrage, denn er ist vom Willen des Beklagten unabhängig, seine Zuschiebung oder Zurückschiebung enthält indeß einen der wichtigsten Akte der Parteidisposition.***)

II. Unanwendbar aber sind die Grundsätze vom jus jurandum necessarium auf den in judicio geleisteten Eid†). Dieser letztere sollte das Urtheil nicht ersetzen, sondern vorbereiten, dieses Ziel aber dadurch erreichen, daß er dem Richter von der Wahrheit solcher Thatsachen, von denen das Urtheil abhing, eine sichere Ueberzeugung verschaffte. Dieses Ziel erreicht nur der geleistete, nicht der verweigerte Eid, m. a. W.: der Eid ist hier nicht ein Akt der Parteidisposition, sondern ein Beweismittel. So konnte sich denn (wie l. 31 D. de jure jur. 12, 2 [Gajus] und Quintiliani instit. orat. V, 6 ergeben) die Partei zur eidlichen Erhärtung ihrer eigenen Behauptungen erbieten; der Gegner mußte über dieses Erbieten gehört werden, und war er einverstanden, so wird die Partei zur Eidesleistung vermuthlich zugelassen worden sein; widersprach er, so wird der Richter die eidliche Bekräftigung von demjenigen verlangt haben, für dessen Behauptungen die höhere Wahrscheinlichkeit sprach oder der von den fraglichen Thatsachen die sicherste Wissenschaft haben konnte. Es konnte ferner geschehen, daß die eine Partei den Antrag stellte, den Gegner schwören zu lassen, dies war aber kein der Gegenpartei

*) Diese Fälle sind die actio certae pecuniae creditae, a. de certa re, a. rerum amotarum (Eid über amotum non esse l. 11 D. de rerum amot. act. 25, 2), actio noxalis betreffs der Sklaven (l. 21 § 2 de noxal. act. 9, 4. Eid: servum in potestate non habere), actio injuriarum (l. 5 § 8 de injur. 47, 10. Eid: injuriam non fecisse), wahrscheinlich auch über die actio de pecunia constituta (l. 14 de jurejur 12, 2).

**) v. Bethmann-Hollweg II S. 175. Karlowa: d. röm. C.-P. S. 232 u. A: Auch Schultze: Privatrecht und Prozeß S. 515.

***) S. hierüber den Allgemeinen Theil § 85 und unten § 76.

†) v. Bethmann-Hollweg II S. 583 ff. Bülow: Arch. f. civ. Praxis Bd. 62 S. 39. Schultze: Privatrecht und Prozeß S. 516 ff. besonders aber Demelius a. a. O. S. 85 ff. Dagegen jedoch Savigny VII S. 78 ff. Keller C.-P. § 66. v. Canstein: Die eidliche Parteivernehmung und der Schiedseid. 1886.

Digitized by Google

gemachtes Angebot, sondern ein an den Richter gestellter Antrag, den dieser zum Beschluß erheben oder ablehnen konnte. Dieser Eid hieß jus jurandum judiciale. Das Urtheil konnte erst nach der Eidesleistung gefällt werden; erst seit Diokletian*) konnte der Richter die Eidesleistung durch bedingtes Endurtheil, in welchem die Folge der Eidesleistung und der Eidesverweigerung bestimmt werden mußte, fordern.**)

Im justinianischen Prozeß***) sind die oben erwähnten Fälle der Zulässigkeit eines jus jurandum necessarium nicht nur stehen geblieben, sondern sie sind zu Anwendungsfällen eines allgemeinen Grundsatzes geworden: in jeder Rechtssache konnte die eine Partei der anderen über die für die Urtheilsfällung erheblichen Thatsachen einen Eid mit der Wirkung zuschieben, daß der Eid entweder geleistet oder zurückgeschoben werden mußte. Aber die Umgestaltung des Prozesses hatte einmal dazu geführt, daß der Eid nur über Thatsachen und daß er nicht blos vom Kläger dem Beklagten, sondern auch von diesem dem Kläger angetragen werden durfte. Denn da es eine Trennung von jus und judicium nicht mehr gab, so konnte durch Eidesleistung oder Eidesweigerung das judicium mit dem dasselbe abschließenden Urtheile nicht mehr ersetzt werden, es konnte sich nur noch um Herstellung einer geeigneten Urtheilsgrundlage, d. h. um die Feststellung von Thatsachen handeln, die der Richter bei der Urtheilsfällung verwerthete; dieser Erfolg trat aber in jedem Falle ein, wenn eine Partei sich der Eideszuschiebung betreffs der von ihr zu beweisenden Thatsachen bediente, also auch dann, wenn der Beklagte dem Kläger den Eid antrug. So verschmolz in der Richtung einer mehr formalistischen Behandlung des Eides das juramentum necessarium und judiciale in ein einziges Rechtsinstitut d. h. in einen von der Partei dem Gegner zugeschobenen, von diesem entweder zu leistenden oder zurückzuschiebenden Eid. Eidesantrag wie Rückschiebung bildeten einen Akt der Parteiverfügung. Diese bewirkt, daß im Falle der Eidesleistung die beschworene, im Falle der Eidesverweigerung das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache dem Urtheil zu Grunde gelegt werden muß.

---

*) L. 11 C. de sentent. et interloc. 7, 45.

**) Vgl. auch Nissen: Gewissensvertretung. 1861. S. 8.

***) Demelius a. a. O. S. 121 ff. Fierich in Grünhuts Zeitschr. Bd. 16 S. 130. Planck: Lehrb. § 123 Anm. 27.

Digitized by Google

Daß durch bedingtes Endurtheil auf den Eid erkannt wurde, beseitigte Justinian*) durch die Bestimmung, daß die Eidesleistung sofort verlangt und nach der Leistung oder Verweigerung über andere Streitpunkte verhandelt, alsdann aber durch unbedingtes Urtheil erkannt werden solle.

Eine besondere Art des Beweiseides war das jus jurandum in litem. In zahlreichen Fällen nämlich war der judex durch die Formel ermächtigt, dem Beklagten, zu dessen Ungunsten sich der Prozeß gestaltet hatte, durch ein Zwischenurtheil (arbitrium, arbitratus, jussus) zur Leistung dessen anzuhalten, was der Kläger mit Recht begehrte. Wollte der Beklagte diesem Urtheil nicht nachkommen (contumacia), oder hatte er sich absichtlich oder in Folge groben Versehens die Möglichkeit benommen, die geschuldete Leistung zu machen, so verwandelte sich diese in eine Geldleistung. Die Höhe derselben stellte der Kläger durch einen von ihm geleisteten Eid fest, der Richter war an diese Art der Feststellung aber nicht streng gebunden: er konnte von vornherein eine Grenze setzen, über welche die Schätzung des Klägers nicht hinausgehen durfte, oder nach der Eidesleistung jene Schätzung nach seinem Ermessen herabsetzen. In der Zulässigkeit dieses Schätzungs- oder Würdigungseides lag für den Beklagten ein Zwang zur Erfüllung jenes Zwischenurtheils und in der Leistung des Eides eine Strafe für das rechtswidrige Verhalten des Beklagten. Jene Klagen heißen actiones arbitrariae; es sind die rei vindicatio, die hereditatis petitio, die a. depositi, commodati, quod metus, doli (hier ergeht ein arbitrium de restituendo), die a. ad exhibendum (arb. de exhibendo), die a. hypothecaria, de eo quod certo loco (arb. de solvendo) und die a. noxalis (arb. de noxae dedendo).

2. Urkunden.

Urkunden galten als besonders kräftige Beweismittel.

Es war zwar üblich, bei der Errichtung von Urkunden Zeugen zuzuziehen, als Beweismittel dienten aber nicht diese Zeugen, sondern die Urkunde. Ursprünglich wurden die Urkunden von den verfügenden Theilen nicht unterschrieben, sondern

*) L. 12 C. de rebus credit. 4, 1. In dieser wie in der vorhergehenden l. 11 hat Justinian das ganze Eidesrecht neu geregelt.

Digitized by Google

von den Zeugen nur untersiegelt, später (seit etwa dem 3. Jahrh. nach Chr.) von den Parteien und den Zeugen unterschrieben. Bei Verlust oder Beschädigung der Urkunde wurden andere Beweismittel zugelassen.*)

3. Zeugen.

Eine Zeugnißpflicht bestand früher im Civilprozeß nur, wenn es sich um Angelegenheiten von öffentlichem Interesse handelte, und für die Solennitätszeugen. Erst Justinian hat**) sie allgemein gemacht. Es hing daher früher in allen den Fällen, in welchen zufällig anwesende Personen einen rechtlich erheblichen Vorgang mit ihren Sinnen wahrgenommen hatten, von dem freien Willen der Zeugen ab, ob der Vorgang bewiesen werden konnte oder nicht.

Nur Freie konnten als Zeugen vernommen werden. Die Beweiskraft eines Zeugnisses hing von der socialen Stellung und den Charaktereigenschaften dessen, der es ablegte, ab, insbesondere aber auch von dem Eindrucke, den der Zeuge auf den Richter machte. Deshalb hatten Urkunden über die Aussagen nicht an der Gerichtsstelle vernommener Zeugen geringeren Werth als die mündlich vor dem Prozeßgericht abgegebenen Aussagen.

Der Zeuge wurde vor seiner Vernehmung vereidigt und alsdann dem Kreuzverhör durch die Parteien unterworfen.

4. Sachverständige und Augenschein,

nicht eigentlich Beweismittel,***) kommen, wie alles, was auf die Ueberzeugung des Richters einwirken kann, auch im römischen Civilprozeß vor, namentlich bei Streitigkeiten über Grund und Boden. Als Sachverständige traten in diesen Sachen, namentlich in Grenzprozessen die agrimensores, vereidete Regierungsfeldmesser auf. Dieselben waren aber in Wahrheit Gehülfen des Richters.†)

§ 69. Einen anderen Inhalt als im Feststellungsverfahren hat die Parteienthätigkeit bei der Zwangsvollstreckung.

---

*) L. 5—12 C. de fide instrum. 4, 21. Rudorff: röm. R.-G. Bd. II S. 252 ff.

**) L. 16. 19 C. de test. 4, 20. Ausnahmen s. Pauli sententiae V 15, 2, 3.

***) Allgemeiner Theil §§ 87, 76.

†) Vgl. l. 5 C. fin. regund. 3, 39.

Digitized by Google

In der ältesten Zeit war in Rom wie bei den Germanen die Exekution nichts anderes als die unter strenge gesetzliche Regeln gestellte Ausübung privaten Zwanges: der Gläubiger hat die Frage nach dem Vorhandensein eines durch Zwang zu verwirklichenden Rechtes selbst zu entscheiden, und wenn er zur Bejahung dieser Frage gelangt, so ist es seine, nicht einmal von der Ermächtigung einer Staatsbehörde abhängige, geschweige denn von dieser unterstützte Privatthätigkeit, durch die er den Zwang gegen seinen Schuldner ausübt. Es ist die zwingende Gewalt der Form, die hier wie in den Anfängen deutscher Rechtsentwicklung eine Aufgabe zu lösen hat, die vorgeschritteneren Epochen als eine Pflicht der erstarkten, alles beherrschenden Staatsgewalt erscheint. Diese Form war die legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem. Der erste Schritt in der auch hier allmählich ansteigenden Entwicklung der die Privatthätigkeit des Gläubigers verdrängenden Staatsgewalt war der, daß der Prätor einerseits dem Gläubiger die Ermächtigung zur Vornahme der legalen Privatexekution ertheilte, andrerseits an den Schuldner das Machtgebot richtete, den Gläubiger in seinem gesetzmäßigen Vorgehen nicht zu hindern. Endlich sinkt die Thätigkeit des Gläubigers auf einen bei der Staatsbehörde gestellten und von dieser zu prüfenden Antrag herab, während die Behörde selbst es ist, die kraft ihrer Amtsgewalt den Zwang ausübt, zu dem nur ihr das Recht zusteht.

Hand in Hand mit dieser Entwicklung geht und muß gehen eine Veränderung in der Auffassung der Zeitfolge, in der die Zwangsvollstreckung zum Feststellungsverfahren steht. Der älteste Prozeß beginnt mit der Exekution und läßt die Entscheidung über ihre Rechtmäßigkeit nachfolgen; die Handlung des Gläubigers ist Exekution, wenn sich der Schuldner das Vorgehen des Gläubigers gefallen läßt, sie bleibt bloße Urtheilssicherung, wenn der Schuldner durch seinen Widerspruch die richterliche Entscheidung über das Recht des Gläubigers herbeiführt. Die spätere Entwicklung der Zwangsvollstreckung hält noch an dem Gedanken fest, daß es zunächst darauf ankommt, die spätere Verwirklichung des dem Kläger zustehenden Rechtes dadurch zu sichern, daß die Möglichkeit einer Exekution, die sonst fehlen würde, geschaffen wird (Sponsionen, prätorische Stipulationen und Missionen), aber sie führt zu der schließlich zum Grundsatz erhobenen Erkenntniß, daß der Zwang selbst nur dann ausgeübt werden dürfe, wenn der

Digitized by Google

Widerspruch des Schuldners vorher beseitigt ist. Der Prozeß der späteren und spätesten Kaiserzeit beginnt daher mit dem Feststellungsverfahren und endigt mit der Exekution.

Endlich vollzieht sich eine Umgestaltung der Zwangsmittel: von der indirekten Vollstreckung, d. h. von der Anwendung auf den Willen des Schuldners wirkender und ihn zur Befriedigung des Gläubigers bestimmender Mittel wendet sich das römische Recht zur direkten Vollstreckung, indem es gestattet und verlangt, daß dem Schuldner der Gegenstand des Rechtes seines Gläubigers genommen und dem Gläubiger gegeben werde.

Besondere Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit eines Anspruchs scheinen in ältester Zeit nicht bestanden, vielmehr einer jeden auf eine bestimmte Leistung gerichteten Forderung das Persekutionsrecht als immanente Eigenschaft beigewohnt zu haben.*) Zur Zeit des Legisaktionenprozesses wurde die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit nur denjenigen Ansprüchen beigemessen, die vor dem Widerspruche des Schuldners, sei es durch eine von ihm abgegebene Willenserklärung voraussichtlich oder durch richterliches Urtheil bestimmt gesichert waren, bei denen also anzunehmen war, daß das Vorgehen des Gläubigers ein Hinderniß von Seiten des Schuldners nicht erfahren werde. Zu den ersteren gehörte der durch nexum, confessio in jure oder juramentum necessarium, zu den letzteren nur der durch sententia judicis festgestellte Anspruch.

Das nexum**) bestand in einer solennen Verpflichtung des Schuldners und führte in Folge der bei dem Verpflichtungsakte gebrauchten Worte: dare damnas esto die Wirkung herbei, die der rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners beigemessen wurde. Der Gläubiger war daher der Unbequemlichkeit und Gefahr eines Prozesses überhoben und konnte, wenn am Fälligkeitstage die Zahlung ausblieb, zur manus injectio schreiten.

Confessio in jure und jus jurandum in jure erübrigten kraft der in ihnen bethätigten, auf Feststellung des eingeklagten Anspruchs gerichteten Parteidisposition das richterliche Urtheil und begründeten, wie dieses, das Exekutionsrecht.

---

*) Demelius: Confessio S. 52.

**) S. statt vieler Sohm: Institutionen § 65. Gallinger: Der Offenbarungseid des Schuldners. 1884. S. 19 ff.

Digitized by Google

Die sententia judicis aber enthielt einen vollstreckbaren Schuldtitel nur dann, wenn sie gleich den anderen erwähnten Schuldtiteln eine Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung einer Geldsumme aussprach; in den Fällen, in denen der Schuldner zwar unterlag, aber nicht auf Zahlung von Geld verurtheilt war, bestand nach Anschauung des älteren römischen Rechts die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung nicht, es bedurfte daher eines besonderen Verfahrens, das der Umwandlung der durch Urtheil auferlegten Leistung in eine Geldleistung diente. Dieses Verfahren war das an anderer Stelle beschriebene arbitrium litis aestimandae, wahrscheinlich von altersher wie im Formularprozeß ein an die Rechtsfeststellung sich anschließendes Verfahren. Es kam als überflüssig außer Gebrauch, als im außerordentlichen Verfahren im Anschluß an einzelne auf dem imperium mixtum des Prätors beruhende Akte die sog. direkte Spezialexekution zulässig wurde.

Einen Vollstreckungstitel gab ferner das im außerordentlichen Verfahren zum Nachtheile des Beklagten erlassene Dekret, das auf die eigentlich geschuldete Leistung gerichtet werden konnte.

Die oben erwähnte Umgestaltung der Zwangs**mittel** vollzog sich in nachstehend beschriebener Weise.

I. Die älteste Zeit kannte für privatrechtliche Geldansprüche nur die Personalexekution.*) Wer durch nexum verpflichtet war, konnte am Tage der Fälligkeit seiner Schuld, wer dagegen in Folge von confessio, jus jurandum oder Urtheil der Vollstreckung unterlag, der konnte nach Ablauf einer gesetzlichen, dem Schuldner zur Beschaffung von Zahlungsmitteln gewährten Frist von dreißig Tagen**) vom Gläubiger ergriffen, vor den Prätor geführt und, wenn auch jetzt weder Zahlung geleistet noch ein vindex gestellt wurde, vom Prätor dem Gläubiger zugesprochen (addicere) und von diesem in die Schuldknechtschaft abgeführt werden. In dieser wurde er gefesselt sechszig Tage gehalten und durfte sich selbst beköstigen, in der zweiten Hälfte der Frist mußte der Gläubiger ihn an drei nundinae vor den Prätor führen und die Schuldsumme öffentlich

*) Keller § 83. Puchta § 179. Huschke: Das Recht des Nexum und das alte röm. Schuldrecht. 1846. S. 79 ff. v. Bethmann-Hollweg I S. 495 ff. Gallinger a. a. O. S. 1 ff.

**) Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. XII. tab. (III).

Digitized by Google

ausrufen, damit sich Gelegenheit fände, daß ein Drittter für den Schuldner zahle und ihn auf diese Weise befreie. Nach Ablauf der Frist war der Schuldner dem Gläubiger verfallen: letzterer konnte ihn tödten, ihn als Sklaven verkaufen oder ihn die Schuld abarbeiten lassen.*)

Diese Zwangsmaßregeln, so hart sie waren, wirkten nur durch die Drohung einer völligen Vernichtung des physischen oder rechtlichen Daseins des Schuldners, ganz wie die Friedloslegung des älteren deutschen Rechts, mittelbar auf den Schuldner und alle, die ihm nahestanden, dahin ein, alles aufzubieten, um durch Befriedigung des Gläubigers das Verhängniß abzuwenden, Befriedigung selbst aber bewirkten sie nicht.

Im Jahre 313 vor Chr. trat eine erhebliche Aenderung dieses Exekutionsrechtes ein, indem die in diesem Jahre erlassene lex Poetelia nicht nur die unmittelbare Vollstreckbarkeit des nexum, sondern auch das Verkaufs- und Tödtungsrecht des Gläubigers aufhob.**) Die Personalexekution blieb zwar bestehen, aber sie milderte sich zu einer bloßen Schuldhaft. Auch die legis actio der manus injectio kam außer Gebrauch, indem sie durch einen sofort beim Prätor in Form einer actio judicati gestellten Antrag ersetzt wurde. Der Antrag veranlaßte wie jede actio eine zweiseitige Verhandlung vor dem Prätor. Sie gab dem Schuldner Gelegenheit, gegen den Vollstreckungsantrag Widerspruch zu erheben, d. h. darzulegen, daß der Vollstreckungstitel nicht dem Kläger oder diesem nicht gegen ihn, den Beklagten, zustehe, daß der Titel nichtig sei oder durch eine jetzt noch zu hörende Einrede (Zahlung, exc. Seti Macedoniani, Velleiani, beneficium competentiae oder cedendarum actionum) entkräftet werde. Vertheidigte sich der Schuldner in dieser Weise, so mußte ein judicium angeordnet und über die Rechtmäßigkeit der Exekution durch Urtheil entschieden werden; vertheidigte er sich nicht, so ermächtigte der Prätor den Gläubiger zur Vornahme der Personalexekution durch formloses duci jubere.

Die Personalexekution war zwar in dieser Gestalt immer noch eine drückende Maßregel geblieben, aber die Gefahr einer völligen Vernichtung der Persönlichkeit des Schuldners war ihr genommen; es konnte nicht ausbleiben, daß sich alsbald

*) Gellius: noctes Atticae XX. 1.
**) Livius VIII, 28.

Digitized by Google

ihre Unzulänglichkeit und die Nothwendigkeit einer gegen das Vermögen des Schuldners gerichteten Exekution zeigte.

II. Schon das älteste Recht kannte in der legis actio per pignoris capionem eine solenne Zwangsvollstreckung in das Vermögen und zwar in einzelne Vermögensstücke des Schuldners, aber diese pignoris capio war auf einzelne bestimmte, vom Gesetz besonders ausgezeichnete Ansprüche beschränkt. Ihre Uebertragung auf die vermögensrechtlichen Ansprüche schlechthin wäre ein Rückgang in der Entwicklung des Prozeßrechts gewesen, weil das Verfahren mit Legisaktionen außer Anwendung kam. Die Vermögensexekution schien, wie bisher schon die gemilderte Personalexekution, der Vermittlung der Staatsgewalt zu bedürfen. Hierfür bot das Recht eine Reihe von Analogien. Das Verwaltungsrecht kannte eine von der Staatsbehörde angeordnete, der Beitreibung von Geldstrafen und öffentlichen Abgaben dienende Exekution in das gesammte Vermögen des Schuldners, die durch Einweisung des Quästors und Verkauf des schuldnerischen Vermögens im Ganzen an einen sog. sector bonorum gegen Bezahlung der beizutreibenden Summe vollstreckt wurde. Daneben war zwecks Gewährung der Möglichkeit, gegen den, der sich absichtlich verborgen hielt oder auf Ladung nicht vor dem Prätor erschien, zu klagen, eine missio in bona desselben zugelassen; diese führte zu einer Einweisung aller Gläubiger desselben Schuldners in dessen Vermögen und zu einem Verkauf dieses Vermögens im Ganzen; der Käufer, emtor bonorum, übernahm die Verpflichtung, den Kaufpreis in der Weise zu bezahlen, daß er die einzelnen Gläubiger antheilig befriedigte; wer diese Befriedigung nachsuchte, hatte also dem emtor bonorum den Nachweis seiner Forderung zu führen.

Diese zum Zwecke der Befriedigung einzelner, vielleicht ganz unbedeutender Forderungen recht umständlichen und schwerfälligen Mittel übertrug man auf den Fall der Zwangsvollstreckung wegen privatrechtlicher Geldforderungen. Die Exekution war also eine universelle, und zwar nicht nur in dem Sinne, daß das ganze Vermögen des Schuldners Gegenstand der Exekution, sondern auch insofern, als durch sie die Befriedigung aller Gläubiger desselben Schuldners angestrebt wurde.*)

*) S. noch insbesondere Dernburg: Ueber die emptio bonorum. 1850. Seuffert: Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts. 1888.

Digitized by Google

Jede Exekution also führte zum Konkurse über das Vermögen des Schuldners, war also wiederum mehr ein Mittel, den Schuldner zur Zahlung zu bestimmen, als den Gläubiger auf geradem Wege zu befriedigen.

Das Verfahren zerfällt in drei Abschnitte und ist folgendes.

a) Der Kläger stellt bei dem mit imperium mixtum versehenen Magistrat den Antrag auf Ertheilung der missio, und der Magistrat entspricht ohne Anhörung des Schuldners dem Antrage, indem er durch ein Dekret (die missio) dem Gläubiger die Ermächtigung ertheilt, das Vermögen des Schuldners in Besitz zu nehmen und zu verkaufen. Diese Maßregel hatte die Wirkung, daß nicht nur der Antragsteller, sondern jeder Gläubiger desselben Schuldners die Befugniß erlangte, das gesammte Hab und Gut desselben zum Zwecke der custodia und ohne Aufhebung des juristischen Besitzes des Schuldners in Detention zu nehmen. Ihr Zweck bestand zunächst nur in einer Sicherung gegen Beiseiteschaffung von Vermögensstücken, die Gläubiger durften daher in besondere Verwahrung nur diejenigen beweglichen Sachen nehmen, die bei Belassung ihres bisherigen Standortes der Gefahr der Verbringung ausgesetzt waren; zur Einziehung von Forderungen, die andernfalls verloren gehen würden, kann ein curator bestellt werden (l. 14 pr. D. 42, 5). Die missio übertrug den Gläubigern aber auch die Verwaltung des schuldnerischen Vermögens und ein Pfandrecht.*) Des Nachweises ihrer Forderungen waren die durch die missio des Antragstellers zur Theilnahme an dem Verfahren veranlaßten und durch öffentlichen Anschlag in Kenntniß gesetzten Gläubiger vor Justinian nicht verpflichtet.

b) Waren seit der missio 30 Tage verflossen, so stellten die Gläubiger den zweiten an den Magistrat gerichteten Antrag, und zwar auf Ermächtigung zur Wahl eines magister. Dem Antrage entsprechend ladet der Magistrat die Gläubiger zu einer Versammlung; in dieser wählen sie aus ihrer Mitte einen oder mehrere magistri bonorum vendendorum und setzen die Verkaufsbedingungen fest, worauf der magister auf den

*) Ueber dieses Pfandrecht s. Dernburg: das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. R. 1860 u. 1864 Bd. 1. S. 400 ff. Bachofen: Das römische Pfandrecht. 1847. S. 281 ff. Seuffert a. a. O. S. 20 ff.

Digitized by Google

zehnten Tag den Verkaufstermin ansetzt und öffentlich bekannt macht.

c) Der Verkauf selbst geschieht durch den magister durch Versteigerung des schuldnerischen Vermögens im Ganzen (addictio). Der Käufer (bonorum emptor) wird hierdurch nicht Universalsuccessor des Schuldners, denn er tritt nicht in die Verpflichtungen des Schuldners gegen die Gläubiger ein, vielmehr erwirbt er nur das Aktivvermögen und verpflichtet sich, den Kaufpreis an die Gläubiger nach Maßgabe der Höhe ihrer Forderungen zu zahlen.

Dieses Verfahren zog mit dem Eintritt in das zweite Stadium die Infamie des Schuldners nach sich, verhinderte indeß nicht die gleichzeitige Vollstreckung der Personalexekution. Nach beiden Richtungen hin brachte die lex Julia de cessione bonorum (von Cäsar oder Augustus) Erleichterung, indem sie dem Schuldner, welcher sein Vermögen freiwillig an die Gläubiger abtrat (bonis cessit), Freiheit von Infamie und Schuldhaft gewährte, die venditio bonorum wegen früherer Schulden auch nur dann zuließ, wenn der Schuldner nach der cessio einen bedeutenden Vermögenserwerb gemacht hatte, endlich dem Schuldner das beneficium competentiae gab. Die cessio mit diesen ihren Vortheilen wurde indeß seit einem Gesetze aus dem 4. Jahrhundert nur denjenigen Schuldnern zugestanden, welche ohne ihr Verschulden in Vermögensverfall gerathen waren, und Justinian verordnete in Nov. 135 c. 1 unter Aufrechterhaltung des genannten Gesetzes, daß der von der cessio Gebrauch machende Schuldner einen Eid dahin zu leisten habe, daß er außer den den Gläubigern ausgeantworteten Gegenständen anderes Vermögen nicht habe.

Die Weitläufigkeit und Umständlichkeit des Missionsverfahrens kam einer Umbildung des gesammten Exekutionsrechtes entgegen. Sie ging wiederum vom Verwaltungsrecht aus. Dekrete der Verwaltungsbehörden, also auch der Prätoren, konnten, weil in solchen Fällen die Behörde nicht das beschränkte Exekutionsrecht des Gläubigers, sondern die unbegrenzte Macht der Staatsgewalt bethätigte, von jeher durch jede Art von unmittelbarem Zwange zur Durchführung gebracht werden, insbesondere auch durch gewaltsame Wegnahme einzelner Sachen des Schuldners. Nun war Voraussetzung der Exekution in allen im außerordentlichen Verfahren verhandelten und zu Ungunsten des Beklagten entschiedenen Sachen nur ein vom Prätor erlassenes

Digitized by Google

Dekret. Für diese Sachen also war die sog. Spezialexekution zulässig. Als dann das außerordentliche Verfahren zum ordentlichen wurde, wurde die Zulässigkeit der Spezialexekution auf den ordentlichen Prozeß übertragen, die der Generalexekution aber daneben aufrechterhalten.

Das Verhältniß, das sich jetzt zwischen dem Rechte auf Spezialexekution und dem auf die Generalexekution bilden mußte, konnte kein anderes sein, als daß überall da, wo eine einzelne, vermuthlich das Vermögen des Schuldners nicht erschöpfende Forderung beigetrieben werden sollte, der Weg der Spezialexekution gewählt, der Konkurs aber auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners beschränkt wurde. Auch hinsichtlich des letzteren machte das Recht der Kaiserzeit einen erheblichen Fortschritt. Es wurde nämlich in einem dem Juristen Neratius (Anf. des 2. Jahrh. n. Chr.) bekannten, zeitlich sonst nicht näher zu bestimmendes Senatuskonsult gestattet, im Falle des Konkurses einer clara persona (z. B. eines Senators) die Konkursmasse durch Einzelverkauf (distractio im Gegensatz zur venditio bonorum) zu versilbern, wenn die Gläubiger einverstanden waren,*) ein Verfahren, das dann unbedenklich war**), wenn die Theilungsmasse und die Schuldenmasse feststanden oder ohne Aufschub festgestellt werden konnten und das unzweifelhaft auch bei Konkursen anderer Personen bewilligt wurde.***)

Das Recht, das sich auf diese Weise etwa im 3. Jahrhundert n. Chr. entwickelt hatte und am Ende der Kaiserzeit, sowie nach den justinianischen Gesetzbüchern galt, war hiernach folgendes.

a) Die Spezialexekution wegen einer Geldschuld ist auf Zuführung des Geldwerthes eines einzelnen dem Schuldner gehörigen Vermögensstückes gerichtet. Das Verfahren besteht darin, daß dem Schuldner eine Zahlungsfrist gesetzt, und daß wenn diese verstrichen ist, auf Antrag des Gläubigers durch den Magistrat die Exekution angeordnet wird. Ausgeführt wird sie von den Unterbeamten des Magistrats (apparitores) durch Abpfändung einzelner Gegenstände. In welcher Weise die Pfändung vollzogen wurde, ob der Exekutor die Sache in

*) L. 5, 9 D. de curat. fur. 27, 10.

**) Ubbelohde: Ueber das Verhältniß der bonorum venditio zum ordo judiciorum. 1890. S. 17 ff.

***) L. 5 D. de cur. bon. 42, 7.

Digitized by Google

seinen Besitz nahm oder dem Schuldner gegenüber nur eine den Pfändungswillen bekundende Erklärung abgab, ist in den Quellen nicht mitgetheilt, jedenfalls wurde hinsichtlich der Pfändung und der Veräußerung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ein Unterschied nicht gemacht. Bestimmt ist nur eine gewisse Reihenfolge: zuerst sollen bewegliche, dann unbewegliche Sachen, zuletzt erst Rechte des Schuldners gegen Dritte in Angriff genommen werden. Ein dem Vertragspfande gleichstehendes Pfandrecht entsteht durch die Pfändung nicht.*) Nach Verlauf von mindestens zwei Monaten erfolgt der Verkauf der gepfändeten Sache durch einen Gerichtsunterbeamten im Wege der öffentlichen Versteigerung. Das durch den Beamten vertretene Gericht handelt dabei nicht Namens des Gläubigers in Ausübung eines diesem zustehenden Rechtes, sondern kraft seiner Amtsgewalt in Ausübung einer öffentlichrechtlichen Befugniß (per officium ejus qui ita decrevit venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit l. 2 C. si in caus. jud. 8, 23). Findet sich kein Käufer, so wird die Sache dem Gläubiger für seine Forderung zugeschlagen, andernfalls wird der Kaufpreis, soweit er zur Deckung der Forderung nothwendig ist, an ihn abgeführt. — War Gegenstand der Exekution eine Forderung, so konnte das Gericht nach seinem Ermessen entweder die sofortige Beitreibung oder den Verkauf der Forderung bewirken.

Handelte es sich um eine dem Schuldner obliegende Handlung oder Unterlassung, so mußte noch nach justinianischem Rechte das Geldinteresse im Prozesse geschätzt und auf dieses erkannt werden.**)

b) Die Generalexekution***) setzt voraus, daß das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, sämmtliche auf ihm lastenden Schulden vollständig zu befriedigen. Sie hängt ab entweder

aa) von dem Antrag auch nur eines einzigen Gläubigers (missio in bona), vorausgesetzt, daß diesem eine vollstreckbare Forderung gegen den Schuldner zusteht,

*) Doch ist das lebhaft bestritten. Die im Text ausgesprochene Ansicht vertreten Dernburg: Pfandrecht I, S. 417 und Windscheid: Pandekten I § 233. Für ein wirkliches Pfandrecht sind Stölzel und Waldeck im Archiv für civil. Praxis, Band 45, S. 272 und bezw. 484.

**) Für die pignoris capio vgl. die l. 31 und namentlich die lange l. 15 de re jud. 42, 1.

***) v. Bethmann-Hollweg Bd. 3, § 159. Fuchs: Das Konkursverfahren. 1863. S. 5 ff.

Digitized by Google

bb) von dem Antrage des Schuldners (der cessio bonorum), vorausgesetzt, daß er unverschuldet in Vermögensverfall gerathen ist und — seit der Nov. 135 — den oben erwähnten Manifestationseid leistet.

Das Verfahren, welches durch diesen oder jenen bei Gericht zu stellenden Antrag veranlaßt wird, ist ein generelles Exekutionsverfahren, d. h. es ergreift das gesammte Vermögen des Schuldners und setzt die Vollstreckbarkeit der Forderung jedes einzelnen, antheilige Befriedigung suchenden Gläubigers voraus. Wem also nicht schon bei Beginn des Verfahrens eine mit dieser Eigenschaft bekleidete Forderung zusteht, muß den Schuldner beim Konkursgericht verklagen und so einen vollstreckbaren Schuldtitel zu erlangen suchen.*) Der Konkurs sollte zu einer gleichmäßigen Befriedigung wenn möglich sämmtlicher Gläubiger des Gemeinschuldners führen. Da es in jener Zeit aber an geeigneten Mitteln fehlte, die Eröffnung des Verfahrens zu allgemeiner Kenntniß zu bringen, so mußte zur Anmeldung der Theilnahme am Verfahren eine außerordentlich geräumige Frist gewährt, das Verfahren selbst aber ein ungemein langwieriges werden. Die Frist betrug nämlich für Gläubiger, deren Wohnsitz in derselben Provinz lag als der des Schuldners, zwei, für außerhalb wohnende Gläubiger vier Jahre und war in der Weise präklusiv, daß später sich meldende Gläubiger nur den nach Befriedigung der andern Gläubiger etwa verbliebenen Rest in Anspruch nehmen durften. Die Rücksicht auf diese verspäteten Anmeldungen hat indessen zu der sonderbaren Vorschrift geführt, daß jener Rest nicht etwa dem Schuldner zurückgegeben, sondern zur Befriedigung später auftretender Gläubiger im Kirchenkasten verwahrt werden sollte.

Die Gläubiger, welche die missio erhalten haben oder ihr beigetreten sind, verwalten das Vermögen des Schuldners selbst oder durch einen von ihnen durch Mehrheitsbeschluß gewählten und vom Gericht auf Antrag bestellten Curator. Die Gläubiger sind es dann auch, denen selbst oder deren Curator die beitretenden Gläubiger die Existenz ihrer Forderung und das für diese beanspruchte Vorrecht nachzuweisen haben. Die Mitwirkung des Gerichts ist auf die Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens, auf die Bestätigung des Curators, auf die Entscheidung über Streitigkeiten, welche unter den

*) L. 10 C. de bonis auctor. jud. 7., 72 (im Jahre 532).

Digitized by Google

Gläubigern bezüglich der Theilnahmefähigkeit und des Vorrechts angemeldeter Forderungen entstanden sind, endlich auf die Anordnung des Verkaufs beschränkt. Der Verkauf erfolgt im einzelnen durch den Curator; dieser bewirkt auch die Vertheilung des Erlöses an die einzelnen Gläubiger nach Maßgabe ihrer Vorrechte und der Höhe ihrer Forderungen.

Vorzugsrechte hatten sich eine erhebliche Anzahl ausgebildet. Ihnen gleichgestellt sind aber nicht die Pfandrechte. Wer ein Pfandrecht an einer dem Schuldner gehörigen Sache hatte, brauchte sich weder nach vorjustinianischem noch nach dem Rechte Justinians auf den Konkurs einzulassen; vielmehr konnte er auch von den Gläubigern Herausgabe der Sache verlangen und sich aus dem durch Privatverkauf erzielten Erlöse derselben befriedigen. Wer ein bloßes Vorzugsrecht hat, ist Konkursgläubiger, d. h. er muß, wenn er Befriedigung begehrt, am Konkurse Theil nehmen und hat nur den Anspruch, aus der Masse *vor* anderen Gläubigern befriedigt zu werden. Diejenigen, welche eine Generalhypothek haben, verlieren dieselbe mit der Konkurseröffnung und erwerben dafür ein bloßes Vorzugsrecht.

Der Konkurs hat auch noch nach justinianischem Rechte entehrende Folgen; er zieht die Infamie des Schuldners nach sich und setzt ihn der Gefahr der Verhaftung aus, wenn der Konkurs nicht zur vollen Befriedigung aller Gläubiger führt. Beide Nachtheile werden durch die cessio bonorum abgewendet.

§ 70. Unvollkommen war der Schutz, den das römische Recht dem in seiner Durchführbarkeit nur gefährdeten, zur Zwangsvollstreckung noch nicht reifen Rechte gewährte. Zwar gab es Mittel, die eine „Urtheilssicherung" bewirkten, doch es dienten dieselben nicht dem Zwecke, die *Durchführbarkeit*, als vielmehr die *Möglichkeit* eines Urtheils zu sichern, indem sie Ansprüche erst *schufen*, wo solche nicht vorhanden waren. Hierher gehören die prätorischen Stipulationen. Um den Schuldner zur Eingehung solcher Stipulationen zu nöthigen, konnte allerdings die missio in bona verfügt werden. Es sei in dieser Beziehung an die cautio damni infecti erinnert. Auch die missio selbst, wiewohl sie thatsächlich Sicherung des schuldnerischen Vermögens gegen Verbringung bewirkte (§ 34), wurde doch zu diesem Zwecke nie ertheilt. Die Absicht war vielmehr, auf den Schuldner einen möglichst empfindlichen Druck zu üben, der geeignet war, ihn zur Vornahme derjenigen Handlung zu

Digitized by Google

bestimmen, welche im Interesse der Rechtsverfolgung des Missus lag. Eine von der Behörde zum Zwecke der Sicherung einer Forderung verfügte Beschlagnahme des ganzen Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände, die hiermit der Disposition des Schuldners absichtlich entrückt worden wären, war dem römischen Recht noch unbekannt.*)

ββ. Die Form der Parteihandlungen.

§ 71. Das Mittel der Parteierklärung war und blieb im römischen Prozeß das unmittelbar an das Gericht und den Gegner gerichtete gesprochene Wort. Selbst die Ladung erfolgte bis in die spätere Kaiserzeit hinein mündlich (§ 64).

Die Trennung des Verfahrens in jus und judicium machte aber eine Beurkundung des Streitwillens sowie des Inhalts und Gegenstandes des Streites erforderlich. Im Legisaktionenprozesse nun erfolgte auch diese Beurkundung mündlich durch Zuziehung von Zeugen. Im Formularprozesse mußte man sich zur Abfassung eines Schriftstückes entschließen. Dieses Schriftstück, die formula, zog für die mündliche Verhandlung vor dem Richter die Grenzen und bildete deren Grundlage, denn andere Angriffs- und Vertheidigungsmittel als die in die Formel aufgenommenen konnten in judicio nicht vorgetragen werden. Die Thatsachenmittheilungen und Rechtsausführungen aber, die der Begründung jener Angriffs- und Vertheidigungsmittel dienten, wurden in mündlicher Rede vorgetragen.

Als dann die Formel und mit ihr die in der Eigenart des Verfahrens begründete Nothwendigkeit der Schrift wegfiel, war es die zugelassene Appellation, welche den Gebrauch der Schrift zuerst wünschenswerth und später wiederum nothwendig machte. Das Erforderniß der Schrift aber ergriff naturgemäß wieder denjenigen Prozeßakt, welcher die Grundlage und den Rahmen der späteren mündlichen Verhandlung bildete, die Klage. Daher das Gebot, dem Gericht eine Klageschrift, den libellus conventionis, zu überreichen. Nun erfolgte aber auch die Ladung durch Vermittlung eines Schriftstückes, und über die Vorträge der Parteien wurden Protokolle geführt, welche nicht blos berichteten, daß, sondern auch was mündlich

*) Dernburg: Pandekten I, § 168; s. aber Muther: Sequestration und Arrest im röm. Recht. 1856. Eine thatsächliche Versicherung bewirkte, das gesetzliche Verbot, eine im Staate befangene Sache zu veräußern.

Digitized by Google

verhandelt worden war, eine Einrichtung, die dahin wirkte, daß nun auch die Parteien das, was sie sagen wollten oder gesagt hatten, in Schriftsätzen zu den Akten überreichten, und daß die Gerichte trotz Festhaltung des Prinzips der Mündlichkeit sich nicht peinlich nur an das hielten, was mündlich vorgetragen worden war.*)

Einen wie großen Werth die Römer auf die Unmittelbarkeit der Verhandlung**) legten, ergiebt die uralte Vorschrift, daß die Verhandlung in judicio an dem Tage beendet werden sollte, an welchem sie begonnen, und falls doch eine Vertagung (ampliatio) erforderlich wäre, in dem neuen Termine auch von neuem begonnen werden sollte. Ferner galt es als Grundsatz, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erfolge, man gab daher der mündlich vor dem Prozeßgericht abgegebenen den Vorzug vor der vor einem anderen Gericht erklärten, vor dem erkennenden Richter verlesenen Zeugenaussage.

Welche Bedeutung die besonderen Formen hatten, von denen das Legisaktionenverfahren beherrscht war, ist oben (§ 23) erklärt worden. Diese Formen bestanden einmal in der Einkleidung der Parteivorträge in die Gesetzesworte und ferner in der Beobachtung eines feierlichen Ceremoniells bei Vornahme der litiscontestatio. In der ersteren Gestalt war die Form der Prüfstein für die Gesetzmäßigkeit des Inhalts der Parteireden, in der letzteren Gestalt hielt sie die Erinnerung an den Ursprung des gerichtlichen Verfahrens, das Eingreifen der Obrigkeit in den Kampf der Parteien, wach und wirkte nicht blos durch die Sinnenfälligkeit der gebrauchten Symbole, sondern auch durch die erhebende Macht, welche ein feierliches Ritual auf das einfache Gemüth ausübt. Als eine mehr nüchterne Auffassung des gerichtlichen Verfahrens Platz griff, verfiel dieses Ceremoniell der Lächerlichkeit, und als die Legisaktionen dem Verkehrsbedürfniß nicht mehr genügten, empfand man sie als einen unerträglichen Zwang, von dem man sich nur befreien konnte, indem man den Magistraten eine Macht verlieh, wie sie in der Rechtsgeschichte einzig dasteht, d. h. indem man zum Formularprozeß überging. Wie sehr der Name dieses Prozeßsystems auch geeignet ist, eine entgegengesetzte

*) Vgl. die Bemerkung v. Bar's in: Recht und Beweis im Civilprozeß, 1867, S. 13.

**) Allgemeiner Theil § 99.

Digitized by Google

Vorstellung zu wecken, so wenig rechtfertigt er diesen Gedanken sachlich. Das Formularverfahren bedeutet in der That die Befreiung von dem bisherigen Zwange der Form.*) An- und Vorträge der Parteien vor der Formelertheilung und im Verfahren vor dem Richter waren durchaus formlos, und die Formel selbst leistete an Elasticität das möglichste. Nichtsdestoweniger wurde schließlich die Formel doch wieder als eine lästige, weil unnöthige Form empfunden, weil sie der Aufnahme solcher Verhältnisse widerstrebte, die sich bei eingehender Berücksichtigung ihrer besonderen Individualität immer nur von Fall zu Fall richtig beurtheilen lassen und weil es bei der Wandlung, welche die Privatrechtsquellen durchgemacht, gar nicht mehr nöthig erschien, den Richter noch besonders anzuweisen.

β. Die Handlungen der Gerichtsbehörden.

αα. Inhalt der magistratischen und richterlichen Handlungen.

§ 72. Die Magistrate üben die staatliche Befehlsgewalt aus, die Richter sind berufen, den prozeßentscheidenden Ausspruch zu thun.

Dieser Gegensatz bestimmt die rechtliche Natur der Thätigkeit dieser wie jener.

1. Die Willensäußerungen der Magistrate können nie etwas anderes sein als Machtsprüche, Anordnungen, daß etwas geschehen oder nicht geschehen solle oder könne; sie können insbesondere nicht Urtheile sein, weder bedingte noch unbedingte. Hinsichtlich der auf dem imperium beruhenden Rechtsschutzmaßregeln der Interdikte, Missionen, Restitutionen und Stipulationen scheint dies eines Beweises nicht zu bedürfen. Wenngleich keine dieser Maßregeln getroffen werden konnte, ohne daß eine Untersuchung (cognitio) der Lage des Falles vorangegangen war, so wurde dadurch doch die getroffene Maßregel selbst nicht zu einem Urtheil, denn sie entschied nicht den Streit über das Vorhandensein eines von Partei zu Partei bestehenden Anspruches, sondern konstatirte nur, daß die vom Staate für sein Einschreiten aufgestellten Vorbedingungen gegeben waren.

*) Bülow: Archiv für civ. Praxis, Bd. 64, S. 19.

Digitized by Google

Schwieriger ist die Frage hinsichtlich der Formel. Sie soll ein Urtheil, ein hypothetisches oder bedingtes Urtheil*) sein, weil sie den privatrechtlichen Anspruch des Klägers unter gewissen Bedingungen als bestehend oder nicht bestehend bezeichne. Dem widerspricht der Umstand, daß die formula sich nicht an die Parteien, sondern an den Richter wendet, daß sie ausdrücklich diesem den Befehl ertheilt, seinerseits zu prüfen und zu urtheilen.

In allen den zahlreichen Fällen, in denen der Kläger seinen Anspruch auf jus civile stützte, in denen also auch die Formel in jus concipirt wurde, hätte dann das prätorische Urtheil einfach dahin gelautet: das Recht des Klägers besteht, wenn der Richter es als bestehend feststellt. Man hätte den Prätor genöthigt, in den zahlreichsten Prozessen etwas völlig selbstverständliches und also überflüssiges in feierlicher Form auszusprechen. Daß aber die Natur der Formelertheilung eine andere gewesen wäre, wenn es sich um eine formula in jus concepta, eine andere, wenn es sich um eine formula in factum concepta handelte, ist eine undenkbare Vorstellung.

Die Ertheilung der Formel ist nichts weiter als eine staatliche Rechtsschutzmaßregel, und wie bei jenen oben erwähnten, so hat auch bei dieser der Magistrat nur das staatliche Interesse wahrzunehmen, d. h. hier die Frage zu beantworten, ob der Fall so liegt, daß die Zulassung richterlichen Urtheils geboten erscheint. Wie früher betont wurde, hat der Magistrat zu sorgen, daß der Richter nur vom Staate gewolltes Recht anwende, und wenn ihm hierfür die erforderliche Sicherheit gewährt ist, das richterliche Verfahren zuzulassen oder anzuordnen. Darum ist der Inhalt der mehr passiven Zulassung des judicium im Legisaktionenprozeß und der aktiven Thätigkeit der Formelgewährung sachlich der gleiche: Anordnung richterlicher Prüfung und Aburtheilung.

Diese Anordnung wird nicht ertheilt

a) wenn sich schon in jure herausstellt, daß ein Rechtsstreit unter den Parteien nicht oder nicht mehr obwaltet, wenn also ein richterliches Urtheil überflüssig ist. Das ist der Fall, wenn

α) der Beklagte das Dasein des klägerischen Anspruchs nicht bestreitet (confessio in jure),

*) Planck: Beweisurtheil 1848, S. 347. Schultze: Privatrecht und Prozeß. S. 233 ff.

Digitized by Google

β) wenn der Kläger das Vorhandensein eines seinen Anspruch ausschließenden Umstandes nicht bestreitet,

γ) wenn der vorhandene Streit durch jus jurandum erledigt wird (§ 67, 1);

b) wenn ein Streit über ein Begehren obwaltete, das des Rechtsschutzes nicht würdig war, d. h. wenn im Legisaktionenprozeß die Parteien nicht im Stande waren, ihre Behauptungen in die Gesetzesworte zu kleiden, und wenn im Formularprozeß der Anspruch des Klägers weder auf Gesetz noch auf Edikt gestützt werden konnte, noch auch dem Magistrat Veranlassung bot, eine neue formula zu schaffen.

Auch in diesen Fällen spricht der Prätor kein Urtheil aus, sondern er erklärt nur, daß der Staat nicht gewillt sei, die begehrte Rechtsschutzanordnung zu treffen (denegatio actionis).

2. Im Gegensatze zum mittelalterlich-deutschen Recht*), nach welchem in jedem Prozesse so viele Urtheile vorkommen konnten, als streitige oder zweifelhafte Rechtsfragen aufgeworfen wurden, kennt der römische Civilprozeß nur ein Urtheil: es ist der Ausspruch des Richters über denjenigen privatrechtlichen Anspruch des Klägers, der durch die Litiskontestation vor den Richter gebracht worden ist.

Aber das Urtheil des ältesten römischen Prozesses, der legis actio sacramento, theilt das Wesen des deutschrechtlichen Urtheils, da es wie jenes sich darstellt als die autoritative Auskunft des Gerichtes über das im Streit befangene Rechtsverhältniß: es spricht nicht aus, was die Parteien oder die unterliegende Partei thun soll, sondern es erklärt nur, utrius sacramentum justum sit (§ 26), es ist daher kein Rechtsgebot, sondern eine bloße Meinung, eine sententia judicis.**) Diese Erinnerung an das Schiedsrichteramt des Staates hat sich nur in dem Worte sententia erhalten, das Wort hat aber seit der Einschränkung und dem Verschwinden des Sakramentsprozesses die Bedeutung eines Rechtsgebotes angenommen, denn schon in den jüngeren Formen des Legisaktionenprozesses spricht der Richter eine condemnatio des unterliegenden Beklagten aus, d. h. er erklärt ihn für schuldig, etwas zu thun.

*) S. mittelalterlich-deutschen Prozeß §§ 37, 67.
**) v. Jhering: Geist. I § 12.

Digitized by Google

Das Wesentliche im Urtheil blieb zu allen Zeiten der Ausspruch, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch besteht oder nicht besteht. Dieses Wesen des Urtheils kam rein zur Geltung, wenn eine einfache pronuntiatio, ein Feststellungsurtheil, abgegeben wurde, während die condemnatio in der Form eines Gebotes thatsächlich nur das Vorhandensein einer rechtlichen Verpflichtung konstatirte. Wenn es sich an die Parteien mit einem Rechtsgebot wendet, so entlehnt es diese seine Kraft dem obrigkeitlichen Befehl, in dessen Veranlassung es gesprochen wird.*)

Immer aber war und blieb die sententia judicis die Anwendung des Rechts auf einen gegebenen Thatbestand, niemals war sie Schaffung von Recht.**) Denn entweder war das vom Staate in Form des Gesetzes verkündete, Magistrat, Richter und Parteien beherrschende, oder es war das vom Magistrat als dem Vertreter des Staates für den einzelnen Fall verkündete und für Parteien und Richter für maßgebend erklärte Recht anzuwenden. Daher war Aufgabe des römischen Richters nicht die Abgabe eines Zeugnisses über die in ihm vorhandene Rechtsüberzeugung und also über das in der Gemeinde vorhandene Recht, sondern die Prüfung des den konkreten Streitfall bildenden Thatbestandes nach der Norm des über dem Richter stehenden gegebenen Rechts.

Daß und warum das Urtheil auf Geld lautete, auch wenn der Anspruch des Klägers nicht auf Geld gerichtet war, ist früher (§§ 36, 4. 37) bereits erörtert. Das arbitrium de restituendo etc., das keine sententia war, sondern dieser voranging, die Rechtsfeststellung aber schon enthielt, war in den meisten Fällen wohl geeignet, das wahre Interesse des Klägers zu befriedigen.

Mit der Aufhebung der Trennung des Verfahrens fiel der Gegensatz von magistratischer und richterlicher Thätigkeit fort; die früheren Magistrate wurden zu Richtern und ihre Aussprüche aus Machtbefehlen (decreta) zu Urtheilen (sententiae).

Damit nun aber ein Urtheil zu Stande komme, hatte der Richter nicht blos das Recht auf die gegebenen Thatsachen anzuwenden, sondern auch den Beweis der streitigen Thatsachen

*) Degenkolb: Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 85. Ulpian in der l. 59 pr. § 1 D. de re jud. 42 1. Severus und Antoninus in der l. 1. D. de cens. quae sine 7, 46.

**) Anderer Meinung Schultze in seinem Werke: Privatrecht und Prozeß, hinsichtlich des Formularprozesses.

Digitized by Google

zu prüfen. Darin war er von gesetzlichen Vorschriften unabhängig und mußte es sein, denn bei Beurtheilung der Frage, ob eine Thatsache wahr oder nicht wahr sei, kannte der Römer keine Macht, der sich seine Ueberzeugung hätte fügen müssen. Allein in der späteren Kaiserzeit erschienen eine Reihe von Rechtssätzen über die Beweiskraft einzelner Beweismittel, zunächst in der Form von Entscheidungen konkreter Fälle und in der allmählich mit der Ausgestaltung des Reskriptsprozesses beliebt gewordenen Gestalt von Anweisungen an den Richter. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Personenkreise, aus denen jetzt die Richter genommen wurden, die frühere Freiheit nicht zu würdigen wußten oder sie mißbrauchten, jedenfalls wirkten zwei Umstände in der Richtung einer Beeinflussung der freien richterlichen Ueberzeugung, nämlich der unermüdliche Eifer der Kaiser, in alle Lebensverhältnisse einzugreifen und die sie erfüllende Weisheit von oben herab dem beschränkten Unterthan zu offenbaren, und zweitens eine gewisse Neigung der dem Mißtrauen stark ausgesetzten Richter, sich bei der Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse an nivellirende allgemeine Grundsätze zu klammern. So wurden aus einzelnen Entscheidungen und einzelnen Anweisungen allgemein bindende Vorschriften. Dahin gehört namentlich die Vorschrift Konstantins, daß *ein* Zeuge, gleichviel von welchem Stande er sei, keinen Beweis erbringen könne.*) Justinian hat selbst eine große Zahl von Beweisvorschriften gegeben, aber es liegt denselben kein festes Prinzip zu Grunde**), im allgemeinen nur tritt in den Kaiserkonstitutionen***) als charakteristischer Zug ein starkes Mißtrauen gegen den Zeugenbeweis hervor. Gleichwohl ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist niemals vollständig beseitigt worden.

Da es darauf ankam, den Richter von denjenigen Thatsachen zu überzeugen, welche die Voraussetzung der Rechtsbehauptungen bildeten, so mußten sich bestimmte Grundsätze darüber ausbilden, *welche* Partei eine bestimmte Thatsache zu beweisen, d. h. den Nachtheil zu tragen habe, daß eine gewisse Thatsache unbewiesen blieb. Allein das Prinzip der freien Beweiswürdigung ist einer scholastischen Entwicklung der Beweislasttheorie nicht günstig. Es wurden daher die allgemeinen Grundsätze: Ei incumbit probatio qui dicit non

*) L. 9 pr. Cod. de test. 4, 20.
**) Vgl. *Endemann*: Beweislehre des Civilprozesses 1860. S. 18, 19.
***) Dieselben im einzelnen aufzuführen, hat kein Interesse.

Digitized by Google

qui negat und: in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere*) wohl festgehalten, wie dieselben aber bei der Behandlung einzelner verwickelter Thatbestände angewandt werden sollten, darüber ließen sich bindende Vorschriften nicht geben.**)

Zu Stande kam das Urtheil, indem der Richter mit seinem consilium berieth und dann selbständig entschied. In Richterkollegien wurde abgestimmt und nach der Stimmenmehrheit entschieden. Stimmengleichheit war in einem Prozesse um die Freiheit der Partei, welche diese behauptete, in Erbschaftsprozessen dem eingesetzten Erben, im übrigen dem Beklagten günstig. Konnte der Richter zu einem Urtheil nicht gelangen, so konnte er durch die eidliche Erklärung, sibi non liquere für seine Person eine Befreiung von der Pflicht der Urtheilsfällung erlangen.

Gab es auch nur ein Urtheil im Prozeß, so konnte dieses doch durch Vorbescheide und Zwischenbescheide vorbereitet werden. Allein derartige Aussprüche enthielten niemals eine Prozeßentscheidung, sondern waren entweder prozeßleitender Natur oder erledigten Zwischenstreitigkeiten.***)

§ 73. Rechtsmittel waren dem römischen Civilproceß seit früher Zeit bekannt.

1. Die decreta der Magistrate, also jene auf dem imperium beruhenden Rechtsschutzanordnungen, als insbesondere auch die Anordnung des judicium unterlagen der appellatio oder intercessio †) Jede obrigkeitliche Anordnung nämlich konnte durch Einspruch verhindert werden. Berechtigt zu diesem Einspruch war einmal die par majorve potestas, d. h. jede der anordnenden gleichstehende oder höherstehende Obrigkeit und ferner ohne Rücksicht auf die Rangordnung der tribunus plebis. Wollte also eine Privatperson eine ihr unbillig scheinende magistratische Anordnung beseitigt wissen, so mußte sie sich die Hülfe einer zum Einspruch berechtigten Behörde sichern. Der Einspruch, der an feste Rechtsgrundsätze nicht gebunden, sondern in das freie Ermessen der zuständigen Behörde gestellt war, wirkte nicht abändernd, sondern aufhebend, d. h. die Maßregel,

*) L. 2. 19, pr. de probat. 22, 3.

**) v. Bethmann-Hollweg II, § 109. S. jetzt Fitting: Die Grundlagen der Beweislast. Zischft. für deutschen C.-P. 13, S. 1 ff.

***) Plank: Beweisurtheil S. 103 ff. v. Bethmann-Hollweg III S. 291.

†) v. Savigny: System, Bd. 6, S. 485 ff. Keller: § 82. Mommsen: Staatsrecht. Bd. I, S. 245 ff.

Digitized by Google

welche angefochten war, konnte von dem intercedirenden Beamten nicht durch eine andere ersetzt, sondern konnte nur beseitigt werden. Die Ergreifung einer andern Maßregel war Sache der hierfür zuständigen Behörde.

Ferner gewährte die restitutio in integrum Schutz gegen Verletzungen, die durch magistratische Maßregeln in an sich zulässiger und dem Rechte entsprechender Weise herbeigeführt worden waren (§ 45), z. B. wenn die Formel den Anträgen der Parteien zwar entsprach, aber einen Fehler enthielt, der zu einer ungerechten Entscheidung des Prozesses hätte führen müssen. Der Antrag auf Gewährung der Restitution stand im Gegensatze zur intercessio der verletzten Partei zu und wandte sich an das billige Ermessen derselben Behörde, welche die angefochtene Maßregel erlassen hatte.

2. Rechtsmittel gegen das richterliche Urtheil waren dem römischen Recht ursprünglich fremd, soweit durch sie ein Urtheil als unrichtig angefochten und durch ein richtiges ersetzt werden sollte. Wer hätte auch eine bessere Garantie für die Gerechtigkeit seines Urtheils geboten als diejenigen Männer, aus welchen die Richter gewählt werden mußten? Wer ferner besaß eine höhere Autorität, als der vorgeschlagene und ernannte Richter oder der ständige Gerichtshof? Die rechtliche Natur der Litiskontestation machte die Anrufung eines anderen Richters als desjenigen, der in der Formel genannt war, juristisch unmöglich. Denn dieser Richter hatte die Pflicht der Urtheilsfällung übertragen erhalten, von diesem Richter sollten die Parteien den künftig für sie maßgebenden Ausspruch entgegennehmen. Derselbe erfüllte seine Pflicht durch die Urtheilsfällung und erledigte damit den prozessualischen Anspruch der Parteien. Hätte ein zweiter Richter eintreten sollen, so hätte es einer neuen Formel bedurft, eine neue Formel auf Grund des ursprünglichen Rechtsverhältnisses aber war durch die eingetretene Consumtion des Klagerechts ausgeschlossen.

Als nun in der Kaiserzeit der judex zum Beamten wurde, fiel nicht nur das Hinderniß, das einer Zulassung von Rechtsmitteln gegen sein Urtheil im Wege gestanden hatte, fort, sondern es erschien sogar geboten, eine Prüfung der Frage zu ermöglichen, ob er das vom Staate gewollte Recht richtig angewendet habe. Hierüber hatte bisher der Magistrat gewacht; es war daher eine durchaus natürliche Erscheinung, daß man jetzt den Magistrat als einen dem urtheilenden Beamten übergeordneten oder doch besser unterrichteten Beamten betrachtete

Digitized by Google

und deshalb das Urtheil jenes einer an diesen gerichteten Appellation unterwarf. Die Appellation hatte mittlerweile eine andere Gestalt angenommen. Da der Kaiser der Träger der höchsten Staatsgewalt war, so konnte die Appellation gegen jede Anordnung irgend eines Beamten an den Kaiser gerichtet werden, und die Fülle der in ihm vereinigten Staatsgewalt gab ihm die Befugniß, selbst zu entscheiden. Diese veränderte, der Partei zustehende und auf Abänderung eines als unrichtig bezeichneten Ausspruchs einer Behörde abzielende Appellation wurde jetzt gegen richterliche Urtheile zugelassen. Der Zeitpunkt dieser wichtigen Prozeßreform läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen*), sie bildete aber schon zur Zeit des Paulus und Ulpians einen Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Behandlung.

Einmal zugelassen, mußte sie statthaft sein gegen jede Entscheidung eines Beamten, also auch desjenigen, der auf die Appellation gegen die Entscheidung des ihm untergeordneten Beamten erkannt hatte. So bildete sich ein verwickelter Instanzenzug: vom judex wurde an den Magistrat, von diesem in Rom, später auch in ganz Italien und einzelnen Provinzen an den praefectus urbi, in den Provinzen vom praeses provinciae an einen vom Kaiser ernannten Konsularen, endlich von diesem wie vom praefectus urbi an den Kaiser appellirt. Justinian ließ nur zwei Appellationen zu.**)

Der Mißbrauch, der mit dem Rechtsmittel getrieben wurde, führte noch zu einer Reihe anderer Einschränkungen. So durfte von den höchsten Reichsbehörden an den Kaiser sowohl zu Ulpians Zeit als später, nach einer Bestimmung Justinians, nur appellirt werden, wenn der Streitgegenstand eine bestimmte Summe erreichte. Die Apellation war ferner ausgeschlossen für den, auf dessen Anerkenntniß das Urtheil beruhte, die säumige Partei konnte nicht ein ihr nachtheiliges Versäumnißurtheil anfechten (contumax non appellat), desgleichen nicht diejenige Partei, auf deren Eid oder Eidesweigerung sich das Urtheil stützte, endlich aber untersagte Konstantin die Appellation gegen Zwischenbescheide. Dazu kam, daß der in der Appellationsinstanz unterliegende Theil ein Sukkumbenzgeld von einem Drittel des Streitobjektes an

*) Vgl. z. B. Taciti ann. 14, 28. S. überhaupt Merkel: über die Geschichte der klassischen Appellation. 1883. Heft 2 der Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Rechts.

**) L. 1. C. ne lic. tert. prov., 7, 70.

Digitized by Google

den Gegner verlor und diesem das vierfache der entstandenen Kosten zu ersetzen hatte, später trat an Stelle dieser Nachtheile eine öffentliche Strafe und einfacher Ersatz der Prozeßkosten.

Sie war ein umfassendes Rechtsmittel. Zugelassen in jedem Falle, in welchem die Partei das ihr nachtheilige Urtheil als ein ungerechtes empfand, sei es daß das Recht nicht richtig angewendet oder der Sachverhalt unvollständig ermittelt oder unrichtig gewürdigt worden war, ließ sie die Anführung neuer Thatsachen zur Begründung der früheren Rechtsbehauptungen, neue Einreden, Repliken u. s. w. zu und führte im Falle ihres Erfolges zu einem Ersatze des angefochtenen Urtheils durch ein neues, die Sache selbst entscheidendes Urtheil, daher also auch zu einer neuen umfassenden Verhandlung des Rechtsstreits in der höheren Instanz.

Das Apellationsverfahren war folgendes:

Die Erklärung der Partei, daß sie appellire, wird entweder sofort bei der Verkündung des Urtheils mündlich oder innerhalb einer kurzen Frist schriftlich (durch libellus appellatorius) gegenüber demjenigen Richter abgegeben, dessen Urtheil angefochten wird (dem judex a quo). Die Frist betrug drei Tage, durch Justinian wurde sie auf zehn Tage ausgedehnt. Den Grund der Appellation braucht die Partei jetzt noch nicht anzugeben, die bloße Erklärung, daß sie appellire, hindert die Vollstreckung des angefochtenen Urtheils (Suspensiveffekt), außer beim interdictum de vi. Der judex a quo hat über die Zulässigkeit der Appellation zu entscheiden, dieselbe, wenn eine ihrer Voraussetzungen fehlt, durch einen im Wege der Beschwerde anfechtbare Verfügung zu verwerfen, andernfalls sie für zulässig zu erklären. Im letzteren Falle hat der Appellant binnen fünf Tagen den Antrag auf Ertheilung der literae dimissoriales oder apostoli (eine Verfügung, durch welche der Richter dem Appellationsrichter Kenntniß giebt von der eingelegten Appellation) zu stellen, später erließ sie der judex a quo innerhalb dreißig Tagen von Amtswegen. Sie werden der Partei ertheilt, welche sie ihrerseits innerhalb einer gesetzlichen Frist, im späteren Recht gewöhnlich von sechs Monaten, dem Appellationsrichter zu überbringen hat. Gleichzeitig hat der Appellant das Rechtsmittel zu rechtfertigen (causas appellationis reddere), womit die Verhandlungen vor dem höheren Richter beginnen. Dieselben werden grundsätzlich wie in erster Instanz mündlich geführt, doch mußten wohl in den meisten Fällen, in denen weit entfernt residirende hohe

Digitized by Google

Reichsbehörden angerufen wurden, die Akten den mündlichen Vortrag ersetzen.

Neben diese Form des Appellationsverfahrens trat seit Diokletian und Konstantin eine appellatio per consultationem oder per relationem. Bei dieser sendet der judex a quo nach eingelegter Appellation einen sein Urtheil rechtfertigenden Bericht (relatio, consultatio) unmittelbar an den Kaiser. Die Parteien fügen diesem Berichte ihre Erklärungen bei, ohne neue Thatsachen anzuführen, und der Kaiser entscheidet durch Reskript. Hier findet also ein rein schriftliches Verfahren statt, das sich für die Fälle eignet, in welchen lediglich eine Rechtsfrage zu erörtern und zu entscheiden ist. Allein Justinian gestattete die Anführung neuer Thatsachen.

Ein eigenthümliches Rechtsmittel verdankte in der späteren Kaiserzeit seine Entstehung der an bestimmte Normen nicht gebundenen Bethätigung der Jurisdiktion des Kaisers. Es wurde nämlich zugelassen, daß die Partei, welche sich durch ein im Wege der Appellation nicht anfechtbares Urtheil beschwert fühlte, durch eine supplicatio sich unmittelbar an den Kaiser wandte. Dieser nahm eine Prüfung des Rechtsmittels vor, verwarf dasselbe entweder durch Reskript oder ordnete, wenn er es begründet fand, eine nochmalige Entscheidung durch dieselbe Behörde an, welche das angefochtene Urtheil gesprochen hatte. Diesem Rechtsmittel unterlagen die Urtheile der praefecti praetorio, und auch hier konnte es sich nur um Fälle handeln, in denen lediglich falsche Rechtsanwendung gerügt wurde.

Von altersher bestand die Möglichkeit, die Nichtigkeit eines richterlichen Urtheils geltend zu machen*), und auf diese Weise auch die formelle Beseitigung eines an sich bestehenden, aber nichtigen Urtheils zu erreichen.

Nichtig ist ein Urtheil, wenn es in einem ungültig bestellten judicium erlassen ist, sei es, daß der bestellende Magistrat zur Anordnung des judicium oder der Richter zur Uebernahme des Richteramtes nicht befugt oder daß der Akt der Bestellung selbst nicht dem Rechte gemäß vorgenommen war; ferner wenn eine Partei nicht handlungsfähig oder wenn das Urtheil für oder gegen eine Partei ergangen war, welche nicht existirte, endlich wenn das Urtheil mit einem früheren

*) Puchta § 180. v. Bethmann-Hollweg II, § 118. III § 162. Keller § 82. 1. Skedl: Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung. 1886. S. 2. Eisele: Abhandlungen zum römischen Civilprozeß 1889. S. 127 ff.

Digitized by Google

rechtskräftigen Urtheile oder einem Rechtsgrundsatze im Widerspruch stand.*)

Im Legisaktionenprozesse gewährte das Verfahren der legis actio per manus injectionem wenigstens dem Beklagten die Möglichkeit, sich vor der Durchführung einer kondemnirenden nichtigen Sentenz zu schützen, indem er dem Kläger einen vindex stellte, welcher mit jenem unter dem Risiko der Verurtheilung in duplum über die Rechtsgültigkeit der sententia stritt. Nach der Beseitigung der l. a. per manus injectionem blieb doch zunächst der Grundsatz stehen, daß der Kläger das ihm günstige obsiegliche Urtheil nur im Wege einer actio zum Vollzuge bringen könne. Diese actio judicati mußte, wie jede andere Klage, beim Prätor anhängig gemacht werden; stellte sich in jure heraus, daß der Beklagte das Dasein des klägerischen Anspruchs bestritt (sei es, daß er Zahlung oder Nichtigkeit des Judikats behauptete), so war ein judicium anzuordnen. Unterlag der Beklagte, der hier im Gegensatze zum ältesten Prozesse selbst als Partei auftreten durfte, so hatte er, wie früher, den doppelten Betrag der Urtheilssumme zu leisten. Wahrscheinlich**) aber erweiterte sich schon unter der Herrschaft des Formularprozesses dieses nur dem Beklagten zur Seite stehende Vertheidigungsmittel zu einem beiden Theilen zustehenden Rechtsmittel und damit zu einem Angriffsmittel.***)

Der Kläger nämlich konnte die Nichtigkeit einer ihm ungünstigen Sentenz in der Weise geltend machen, daß er den Anspruch, der Gegenstand der letzten Aburtheilung gewesen war, noch einmal erhob und die exceptio rei judicatae des Beklagten mit der Replik der Nichtigkeit des Judikats schlug. Der Beklagte aber erhielt die Befugniß, nicht blos einredeweise gegen die actio judicati, sondern auch angriffsweise und unabhängig von der a. judicati die Nichtigkeit des Urtheils feststellen zu lassen. Unterlag er, so hatte er die doppelte Urtheilssumme zu leisten, weshalb man das Rechtsmittel revocatio in duplum nannte. Dasselbe verjährte in zehn Jahren unter Anwesenden, in zwanzig Jahren unter Abwesenden.

---

*) L. 19 D. de app. 49, 1; l. 1 § 2 D. quae sent. 49, 8; l. 1 C. quando prov., 7, 64.

**) A. M. Eisele a. a. O.

***) S. auch Meyer in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, II. S. 13 ff.

Digitized by Google

Dieser Rechtszustand hat sich im justinianischen Recht erhalten, nur die Verurtheilung in das Doppelte ist weggefallen.

Der Fall der Nichtigkeit und daher des eben erwähnten Rechtsbehelfes lag nicht vor, wenn in Folge eines strafwürdigen Verhaltens der dem Richter vorgelegte Streitstoff entstellt war, z. B. wenn die Partei sich auf eine falsche Urkunde berufen hatte. Schon zur Zeit des alten ordo judiciorum aber hatte die verletzte Partei in einem solchen Falle das Recht, eine retractatio oder instauratio zu verlangen. Der Magistrat gewährte dann ein neues judicium vor demselben oder einem andern Richter. Nach Ablauf von zehn oder zwanzig Jahren erlosch das Rechtsmittel.

Endlich gewährte man auch schon unter der Herrschaft des Formularprozesses die restitutio in integrum gegen die sententia judicis, aber auch hier unter der Voraussetzung, daß durch das an sich richtige Verfahren und also gültige Urtheil ein Rechtszustand geschaffen worden war, welcher als eine Unbilligkeit erscheinen mußte, und dessen Beseitigung die verletzte Partei in Antrag bringen dürfte. Zur Begründung des Antrages gehörte die Anführung eines bestimmten Restitutionsgrundes. Als solcher wurde z. B. die schuldlose Versäumniß der Partei in dem vorangegangenen Prozesse angesehen, der in Folge unterlassenen Handelns für die säumige Partei ungünstig ausgefallen war. In dem neuen Verfahren war über den Restitutionsgrund und in der Sache selbst zum zweiten Male zu verhandeln und zu entscheiden. Doch war auch dieses Rechtsmittel an die Einhaltung einer Frist, nach klassischem Recht von einem annus utilis, nach justinianischem von vier Jahren tempus continuum gebunden.

§ 74. Zur Herstellung einer dem wirklichen Sachverhalte entsprechenden Litiskontestation stand dem Magistrat, zur Beschaffung einer brauchbaren Urtheilsgrundlage dem Richter ein ausgedehntes Prozeßleitungsrecht zu.

Daß den römischen Gerichtsbehörden das Fragerecht zustand, kann nicht bezweifelt werden.*) In welchem Umfange es gehandhabt wurde und ob man das Recht zu einer Pflicht steigerte, ist uns nicht bekannt. Wir wissen dagegen, daß der Richter die Befugniß hatte, prozeßleitende Verfügungen zu er-

*) v. Bar: Recht und Beweis im Civilprozeß, S. 146.

Digitized by Google

lassen, so oft und so weitgehend sie die Lage des Prozesses nur immer verlangte.

Einer besonderen Würdigung bedürfen die Maßregeln, die das römische Recht gegen den Prozeßmißbrauch gewährte.

a. Zu den Prätentivmaßregeln gehört zunächst das juramentum calumniae (Gefährdeeid)*), es ist der Eid der Partei, daß sie eine bestimmte Prozeßhandlung in dem Glauben an ihr Recht vornehme. Durch ihn soll die Gegenpartei vor leichtsinniger oder chikanöser Prozeßführung geschützt werden. Die Leistung des Eides erfolgt auf Antrag der Gegenpartei und richterliche Anordnung und betrifft entweder die ganze Prozeßführung oder die Vornahme einer einzelnen Prozeßhandlung (jur. calumniae generale und speciale).**) Nach Bestimmungen Justinians müssen bei der Litiskontestation beide Parteien und deren Advokaten den Eid leisten.***)

In einer Reihe einzelner Fälle kennt das römische Recht eine summarische Untersuchung der Voraussetzungen eines prozessualischen Anspruches, bei der es nur darauf ankommt, das Vorhandensein dieser Voraussetzungen wahrscheinlich zu machen. Solche Fälle sind z. B. der Antrag auf eine prätorische Stipulation, auf Vorzeigung eines streitigen Gegenstandes.†) Die Sicherung gegen Mißbrauch besteht hier in dem Verlangen der Glaubhaftmachung einer Behauptung, von welcher ein die Interessen der Gegenpartei gefährdender Antrag abhängt, deren strikten Beweis zu verlangen aber so viel heißen würde, als dem Antragsteller die Vornahme gerade dieser Handlung unmöglich machen.

Zahlreich waren die Fälle, in welchen Sicherheit geleistet werden mußte.

Zwar war der Kläger vor Justinian von aller Kautionspflicht frei††), bis dieser ihm die Pflicht auferlegte, Sicherheit dafür zu leisten, daß er litem kontestiren, im Versäumungs-

*) Goldschmidt: Abhandlungen aus dem Civilprozeß, 1818. Nr. 4. Zimmermann: Der Glaubenseid. 1863.

**) Gai. IV, 172—176.

***) § 1 J. de poena tem. lit. 4, 16. l. 2 C. de jurejus, S. 2, 58; l. 15 C. de jud. 3, 1.

†) z. B. Demelius Exhibitionspflicht, S. 161.

††) Gai IV, 96, 100.

Digitized by Google

falle aber dem Beklagten den doppelten Betrag des ihm entstandenen Schadens, doch nicht über 36 aurei erstatten, ferner daß er den Prozeß bis zum Urtheil fortsetzen (c. de lite prosequenda) und daß er im Falle des Unterliegens dem Beklagten $^1/_{10}$ des Streitgegenstandwerthes als Kostenersatz zahlen werde,*) dafür aber unterlag der Beklagte verschiedenen Kautionspflichten. Wird eine actio in rem erhoben, so läuft der Kläger Gefahr, daß der Streitgegenstand in dem Besitze des Beklagten verloren geht. Im Legisaktionenprozesse ging die Sache ursprünglich in den Besitz des Staates über, er überließ sie aber einer der Parteien gegen Stellung von praedes litis et vindiciarum. Später als die actio in rem per sponsionem aufkam, hatte der Besitzer eine stipulatio pro praede litis et vindiciarum zu leisten.**) Schließlich nach Einführung der formula petitoria leistet der Beklagte die cautio judicatum solvi, d. h. er übernimmt die Garantie, dem Kläger den Werth des Streitgegenstandes zu ersetzen für den Fall, daß er die Herausgabe verweigern sollte (clausula de re judicata), ferner zur Verhandlung zu erscheinen (cl. de re defendenda) und überhaupt bona fide zu verfahren, namentlich die Streitsache nicht zu verbringen oder zu beschädigen (cl. de dolo malo). Die Folge der Weigerung, die Kaution zu leisten, ist die Uebertragung des Besitzes der Sache auf den Kläger, so daß dieser zufriedengestellt, der Beklagte aber genöthigt ist, seinerseits als Kläger aufzutreten. Den Anspruch auf die Uebertragung des Besitzes macht der Kläger durch ein besonderes Interdikt geltend (int. quem fundum, quem usumfructum, quam hereditatem).

Bei persönlichen Klagen gab es eine allgemeine Kautionspflicht ursprünglich nicht. Nur in einzelnen Fällen erschien bei der Natur der erhobenen Klage oder bei der ungünstigen Vermögenslage des Beklagten Kautionsleistung geboten. So war Kaution zu leisten gegenüber der actio judicati, depensi, de moribus mulieris, dem interdictum fructuarium, ferner wenn der Beklagte früher einmal in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit gerathen war, wenn das Konkursverfahren gegen ihn eingeleitet ist und seit der missio in bona dreißig Tage ver-

*) v. Bethmann-Hollweg III, S. 247.

**) Darüber jetzt Gradenwitz: Zwangsvollstreckung und Urteilssicherung. 1888.

Digitized by Google

flossen sind, oder wenn sonst Verdacht gegen seine Zahlungsfähigkeit obwaltet. Die Weigerung, die Kaution zu leisten, entzog dem Beklagten die Möglichkeit, in jure aufzutreten und sich zu vertheidigen, es traten daher die unten (§ 77) bezeichneten Versäumnißfolgen ein. In der späteren Kaiserzeit hatte der Beklagte nur Sicherheit zu leisten für sein Erscheinen im Litiskontestationstermine (cautio judicio sisti) und für sein Ausharren im Prozesse.

Kautionsmittel ist regelmäßig Bürgenstellung, ausnahmsweise eidliches Versprechen (cautio juratoria) oder bloße Stipulation (nuda promissio).

Wenn für die Parteien Stellvertreter handeln, so ist Kaution zu leisten, daß der Vertretene die Prozeßführung genehmigen werde (cautio dominum rem ratam habiturum). Die Pflicht fiel weg, wenn für den Kläger ein cognitor auftrat, weil die Art der Bestellung eines solchen jeden Zweifel an seiner Legitimation behob, der Beklagte also nicht, wie in den Fällen des Auftretens eines Prokurators Gefahr lief, wegen desselben Streitgegenstandes noch einmal vom Dominus belangt zu werden. Dagegen hat jeder Vertreter des Beklagten die cautio judicatum solvi zu leisten. Folge der unterlassenen Kautionsstellung ist die Zurückweisung des Vertreters.

b. Prozeßstrafen kennt das römische Recht eine große Anzahl. Die Rede war schon von dem Verlust der Sakramentssumme im Legisaktionenprozeß (§ 26) und von der Sukkumbenzstrafe, welche die mit der Appellation nicht durchdringende Partei zu zahlen hat (§ 73). Als Strafe für grundloses Prozessiren aber galt ferner die den Verurtheilten in einzelnen Fällen treffende Infamie, die stipulatio poenalis und die Litiskrescenz im Falle grundlosen Leugnens. Infam wurde z. B. wer auf die actio fiduciae, pro socio, depositi, tutelae, mandati directa verurtheilt wurde. Nach vorjustinianischem Recht wurden durch Vertrag (sponsio und restipulatio) in einzelnen Fällen (bei der actio de certa credita pecunia und der actio de pecunia constituta) Vermögensnachtheile für den Fall des Prozeßverlustes von beiden Theilen übernommen. Eine Litiskrescenz (lis infitiando crescit in duplum) trat im ältesten Recht ein bei der legis actio per manus injectionem und erhielt sich bei der actio judicati, der (früher auch durch manus injectio verfolgten) actio

Digitized by Google

depensi, a. legis Aquiliae und der actio ex testamento auf Ausantwortung eines legatum certae rei per damnationem relictum. Im justinianischen Recht blieb nur der Fall der actio legis Aquiliae, wogegen jetzt auch derjenige auf's doppelte verurtheilt wurde, der den von ihm ausgestellten Schuldschein ableugnete, dem aber die Darlehnshingabe durch andere Beweismittel nachgewiesen wurde. Hierher gehört auch die grundlose Ableugnung des Besitzes Seitens des mit der rei vindicatio belangten. Wird diesem der Besitz nachgewiesen, so ist der Kläger des Eigenthumsbeweises überhoben, er erlangt mittelst des interdictum quem fundum den Besitz der Sache und hat in Folge dessen die günstigere Rolle des Beklagten in dem nun etwa vom früheren Beklagten begonnenen auf Wiederherausgabe gerichteten Prozesse.

In einigen Fällen wird dem Beklagten ein sog. contrarium judicium gegeben, d. h. der Richter wird in der formula angewiesen, den Kläger im Falle der absolutio des Beklagten in einen bestimmten Bruchtheil ($^1/_5$ oder $^1/_{10}$) des Streitgegenstandswerthes zu verurtheilen, ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger chikanös gehandelt hatte. Justinian kennt dasselbe nicht mehr.

Endlich ist die Prozeßkostenerstattungspflicht*) eine durch den Prozeß selbst begründete, den unterliegenden Theil wie eine Strafe für grundloses oder unvorsichtiges Prozessiren treffende Last. Dieser Grundsatz entwickelte sich aber erst in der späteren Kaiserzeit. Der Richter sollte stets über die Kostenlast mit entscheiden und im Falle einer Uebergehung dieses Punktes selbst die Kosten erstatten; in das Urtheil wurde aber auch der vom Richter geschätzte Betrag der Kosten mit aufgenommen. Eine selbständige Appellation nur wegen des Kostenpunktes war unzulässig. Die Kosten selbst aber waren gerichtliche und außergerichtliche. Erstere bestanden in den erst im fünften Jahrhundert n. Chr. aufkommenden, für bestimmte Handlungen an die Subaltern- und Unterbeamten, zuweilen auch an den Richter zu zahlenden Gebühren, die letzteren in den von der Partei zum Zwecke der Prozeßführung gemachten Auslagen (Reisekosten, Advokatenhonorare u. a.).

---

*) Merkel: Abhandlungen aus dem röm. Recht, 1883, III.

Digitized by Google

ββ. Die Form der von den Gerichtsbehörden vorgenommenen Handlungen.

§ 75. a. Die wichtigste Handlung der Magistrate, die Anordnung des richterlichen Verfahrens, erfolgte im Spruchformel- oder Legisaktionenprozesse stillschweigend dadurch, daß der Jurisdiktionsmagistrat die legisactio vornehmen ließ; bedurfte es hierbei ausdrücklicher Erklärungen, so wurden sie in mündlicher Form gegeben. Der Schriftformel- oder Formularprozeß hat seinen Namen davon, daß jene Anordnung in einem Schriftstück niedergelegt wurde. Die denegatio actionis wurde wie etwa nöthige Zwischenanordnungen mündlich ausgesprochen.

b. Die sententia judicis war an bestimmte Wortformen nicht gebunden, vielmehr entschieden über die Wortfassung nur Zweckmäßigkeitsrücksichten. Es ist jedoch anzunehmen, daß im Sakramentsprozeß der Ausspruch des Richters dahin lautete: Ai. Ai. sacramentum justum, Ni. Ni. sacramentum injustum est und daß im Formularprozeß die Worte gebraucht wurden, welche die Formel enthielt: videri (Stichus liber homo videtur), condemnare (Num. Num. decem milia sestertium condemno) bezw. absolvere. Die Verkündung (pronuntiatio) des Urtheils mußte in der Gerichtssitzung in Anwesenheit der Parteien mündlich, wenn auch durch Verlesung aus einem vom Richter entworfenen Schriftstück, erfolgen. Verkündung im Wege schriftlicher Mittheilung an die Parteien aber machte das Urtheil nichtig.*) Für die Beurkundung des Urtheils zu sorgen, war Sache der Parteien. In der späteren Kaiserzeit aber wurde das Urtheil vom Richter oder seinem officium schriftlich abgefaßt und in einer Gerichtssitzung, zu welcher die Parteien geladen wurden, vom Richter vorgelesen, worauf sowohl das Urtheil selbst als die vorangegangenen Verhandlungen den Parteien von Amtswegen in Abschrift mitgetheilt wurden.**) Die Angabe der Entscheidungsgründe war zu keiner Zeit erforderlich.

Prozeßleitende Verfügungen wurden jedenfalls nur mündlich ausgesprochen. Ueber die amtlichen Ladungen pflegte man in der späteren Kaiserzeit Urkunden aufzunehmen (§ 64).

---

*) L. 59, pr. § 1, l. 47 pr. 60. D. de re jud. 42, 1. l. 59 D. de jud. 5, 1. l. 1 Cod. de sent. recit. 7. 44.

**) L. 6 C. de sent. 3, 1. Cod. Theod. 4, 17. C. Iust. 7, 43, 44.

Digitized by Google

bb. Das wechselseitige Verhältniß von Parteien- und Richterhandlungen.

α. Die Handlungen der Parteien.

§ 76. Eine jede Handlung der Partei enthält ein doppeltes: sie ist eine Verfügung über das im Streite befangene Privatrecht und zugleich eine Verfügung über die der Partei zustehenden prozessualischen Rechte.

Dieser Gedanke beherrscht den römischen Civilprozeß: er untersteht also der Dispositions- und Verhandlungsmaxime, unterliegt aber nicht dem reinen Parteibetriebe.*)

a) Daher wirken die einzelnen Handlungen der Parteien insofern bindend für Magistrat und Richter, als diese die Freiheit der Partei, nicht blos außerhalb, sondern auch innerhalb und vermittelst des Prozesses über die ihrer Verfügung unterliegenden Privatrechte gültige Rechtsgeschäfte zu schließen, anerkennen müssen und daher ihre Handlungen nicht anders einrichten dürfen, als die Partei gewollt hat. Daher wirkten das Anerkenntniß, der Verzicht auf den Klageanspruch und der Vergleich in Folge ihrer privatrechtlichen Bedeutung aufhebend auf das Streitverhältniß. Wurde ein solches Rechtsgeschäft in jure gethätigt, so entfiel die Erklärung des Streitwillens durch die Litiskontestation und also das judicium; wurde dagegen ein solches Rechtsgeschäft in judicio vorgenommen, so wurde zwar die öffentlich-rechtliche Pflicht des Richters zum Erlaß des Urtheils nicht aufgehoben, er konnte aber nicht anders entscheiden als wie die Parteien selbst über ihre Rechte disponirt hatten; von der Verbindlichkeit zu urtheilen, konnte der Richter nur durch einen von den Parteien gemeinsam ihm gegenüber erklärten Verzicht auf das Urtheil befreit werden.**) Daher konnte in judicio ein prinzipieller Unterschied zwischen Anerkenntniß und bloßem Geständniß nicht gemacht werden.***) Als jedoch die Trennung des Verfahrens fiel, bewahrte das Anerkenntniß die Bedeutung eines Urtheilssurrogates, die vorher die confessio in jure gehabt hatte.

Dem Gedanken der Verhandlungsmaxime entsprechend

---

*) S. über diese Begriffe Allgemeiner Theil §§ 128, 132, 135.

**) Wetzell: System des Civilpr. § 46 N. 5.

***) Vgl. Demelius: Confessio, bes. S. 36. Vgl. über die Begriffe Allgemeiner Theil § 130.

Digitized by Google

konnte der Richter auch nicht auf mehr erkennen, als die Partei verlangt hatte.*)

Endlich ist es nicht zweifelhaft, daß die römischen Gerichtsbehörden grundsätzlich nur die von den Parteien vorgetragenen Thatsachen berücksichtigten. Da die Richter aber ein ausgedehntes Fragerecht, dabei aber nicht die Verpflichtung hatten, Entscheidungsgründe mitzutheilen, so wird das Verhandlungsprinzip nicht mit der übertriebenen Strenge gehandhabt worden sein wie dies im späteren gemeinen deutschen Prozeßrecht geschah.**)

b) Die einzelnen Prozeßhandlungen aber galten auch als Rechtsgeschäfte des Prozeßrechts und mittelbar als Bethätigungen der privatrechtlichen Verfügungsmacht.

Es galt dies besonders vom jus jurandum in jure delatum und von der Litiskontestation.

Das erstere besteht in der von beiden Parteien abgegebenen Willenserklärung, ihren Streit durch einen von der einen Partei der andern angetragenen Eid zu beseitigen (jus jurandum voluntarium). In einzelnen bestimmten Fällen hatte der Kläger die Befugniß, einseitig den Eid zu verlangen (jus jurandum necessarium s. oben § 67, 1); hier galt der Grundsatz: solvere aut jurare cogam (vom Prätor gedacht). Die Eideszuschiebung war hier also die Bethätigung eines dem Kläger zustehenden prozessualischen Rechtes.

Daß die Litiskontestation das wichtigste prozessualische Rechtsgeschäft war, weil es das Prozeßrechtsverhältniß begründete, und in welcher Weise dasselbe auf die im Streite befangenen Privatrechte einwirkte, ist bereits auseinandergesetzt (§§ 29, 41, 42, 54).

Der Prozeßbetrieb lag zwar vorzugsweise, aber nicht ausschließlich in den Händen der Parteien. Die Ladung war ursprünglich reine Parteiangelegenheit, später erfolgte sie auf Antrag der Partei durch Magistrat bezw. Richter. War die Litiskontestation erfolgt, so war es Sache der Parteien, sich

*) §§ 34, 35 J. de act. 4, 6. corrigere permittimus heißt: es bedurfte eines Parteiantrages.

**) L. un. Cod. ut quae desunt 2, 10. A. M. für den spätkaiserlichen Prozeß, der unter der Inquisitionsmaxime gestanden haben soll, Wieding: Libellprozeß S. 708, der indeß mit seiner Ansicht allein geblieben ist.

Digitized by Google

an den Richter zu wenden. Die Herbeischaffung der Beweismittel, insbesondere auch der Zeugen, lag den Parteien ob. Dagegen bedurfte es nur der Ladung, alsdann der postulatio actionis, des Erscheinens vor dem Richter, der Einreichung der Klageschrift, um die Gerichtsbehörden zur Vornahme aller derjenigen Handlungen zu veranlassen, die im Interesse der Erledigung des gestellten Antrages erforderlich waren, es wurden daher die weiteren Verhandlungstermine, die etwa nöthig wurden, von Amtswegen anberaumt und den Parteien bekannt gemacht. Bei dem Gebrauche der Rechtsmittel, insbesondere der Appellation, war dem Parteibetriebe viel, doch nicht alles überlassen, denn war die Sache einmal in die Appellationsinstanz gediehen, so erfolgte der Weiterbetrieb des Prozesses ex officio. Es bestand hiernach eine zweckmäßige Verbindung von Partei- und Offizialbetrieb.

Gegen die Geltendmachung eines prozessualischen Anspruchs wenden sich die sog. Prozeßeinreden. Solcher sind dem römischen Civilprozeß zahlreiche bekannt.*) Man darf dabei aber nicht an exceptiones im Sinne des Formularprozesses denken, da das Wort exceptio keineswegs die gleiche Bedeutung hat wie der Ausdruck Einrede. Hier ist gemeint die Anführung von Thatumständen, welche der Einräumung eines prozessualischen Vortheils an die andere Partei, der Erlangung einer prozessualisch vortheilhaften „Situation", entgegenstehen.**) Da nun der wichtigste prozessualische Anspruch der durch die Litiskontestation begründete und auf Urtheil gerichtete ist, so wenden sich die zahlreichsten Prozeßeinreden gegen die Entstehung dieses Anspruches. Sie gehörten also in das Verfahren in jure und führten, war eine derselben begründet, zur denegatio actionis. Wirkliche exceptiones waren die exceptio cognitoria und procuratoria.***) Dieselben bemängeln die Berechtigung eines in jure auftretenden Cognitors oder Prokurators, für die Partei zu handeln. Da Gajus sie ausdrücklich als exceptiones bezeichnet, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß wenn sie in jure bewiesen werden konnten, die Vornahme der Litiskontestation versagt werden mußte, daß andernfalls aber der Magistrat die Befugniß hatte, diese dem

*) Schultze: Privatrecht und Prozeß S. 260—262, 273 ff. Vielfach entgegengesetzter Ansicht: Bülow: Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen. 1858.

**) S. das genauere über den Begriff Allgemeiner Theil § 137.

***) Gai. IV, 124.

Digitized by Google

Prozeßrecht angehörigen Vertheidigungsbehelfe in Form von exceptiones zu negativen Condemnationsbedingungen zu machen. Wurde dann in judicio die exceptio für begründet befunden, so erfolgte eine absolutio des Beklagten ab actione, also eine Entscheidung über den privatrechtlichen Anspruch. Dieselbe Wirkung hatten alle andern Prozeßeinreden, wenn sie als exceptiones durch die Formel zur richterlichen Cognition kamen.*) Im justinianischen Prozesse mußten die prozeßhindernden Einreden vor der Litiskontestation vorgebracht werden. Andere Prozeßeinreden (z. B. eine gegen die Zulassung eines bestimmten Beweismittels gerichtete sog. Beweiseinrede) gehörten in das Stadium des Verfahrens, in welchem der entsprechende Prozeßrechtsanspruch erhoben wurde.

§ 77. Die Unterlassung prozessualischer Handlungen, zu deren Vornahme die Partei befugt sein würde, ist auch nach römischem Rechte an sich nichts weiter als die Nichtausübung des Rechts zum Handeln.**) Es fragt sich aber, ob damit die Bedeutung des Nichthandelns erschöpft ist.

1. Was die in jure vorkommenden Prozeßhandlungen anlangt, so ist zu beachten, daß sie alle nur dem einem Ziele zustreben, die Litiskontestation herbeizuführen, und daß dieser Akt nur die Form einer auf Unterwerfung unter das judicium gerichteten Vereinbarung der Parteien enthielt. Ein judicium wird aber nur dann angeordnet, wenn ein der richterlichen Entscheidung bedürfender Streit vorhanden ist. Mangelt es an einem Streite, so erübrigt sich die Litiskontestation. Obwohl nun in dem Erfordernisse der Litiskontestation die beiden älteren römischen Prozeßformen einander gleichstanden, so erheischte die verschiedenartige Natur der Parteibehauptungen doch eine gänzlich verschiedene Behandlung der unterlassenen Vertheidigung.

Im Legisaktionenprozeß tritt der Kläger mit einer fertig formulirten Rechtsbehauptung vor den Prätor. Unterläßt der Beklagte die Erhebung des Widerspruches gegen dieselbe, so fehlt es an einem Streite. Der vom Kläger vorgelegte Urtheils-

*) Bülow a. a. O. S. 29 ff. Eisele: Cognitur und Prokuratur S. 186 ff., 201 ff. Schultze a. a. O. S. 277 ff. Wach: Handbuch I, S. 31a.

**) S. den Allgemeinen Theil § 129. — Ueber das Versäumnißverfahren vgl. außer den wiederholt angeführten Arbeiten namentlich Hartmann über das römische Contumacialverfahren. 1851. Doch sind viele seiner Ergebnisse nicht aufrecht zu erhalten.

Digitized by Google

entwurf bleibt in Kraft, der Beklagte gilt pro damnato, gleich als ob er sich der Rechtsbehauptung des Klägers ausdrücklich unterworfen hätte. Man bediente sich deshalb sowohl für das Schweigen als für das Anerkenntniß des Ausdrucks confessio.*) So führte die Gleichheit, die in der Natur der Parteibehauptungen zwischen dem ältesten römischen und dem altdeutschen Prozesse obwaltet, naturgemäß zu einer gleichen Behandlung der unterlassenen Vertheidigung des Beklagten.**)

Da im Formularprozeß aber nicht der Kläger durch seinen Antrag, sondern der Magistrat durch Abfassung der Schriftformel dem Anspruche des Klägers die Gestalt einer Rechtsbehauptung gab und meistens die thatsächliche Voraussetzung des behaupteten Rechtes voranstellte, so konnte die bloße Unterlassung des Widerspruchs gegen den Vortrag des Klägers nicht ohne weiteres als confessio angesehen werden. Es bedurfte hierzu der Kundgebung des Willens des Beklagten, den Anspruch des Klägers, für den dieser eine actio begehrte, als bestehend geltend zu lassen. Fehlte es an einem solchen deutlichen Anerkenntnisse, so konnte der Kläger zu seinem Rechte nur kommen mittelst des judicium, also der Litiskontestation. Die Vertragsnatur dieser erheischte aber eine Mitwirkung des Beklagten, die sich offenbar nicht fingiren ließ. Es bedurfte daher eines gegen den Beklagten auszuübenden Zwanges, der stark genug war, ihn zur Vornahme der Litiskontestation zu bestimmen, zugleich aber auch eines Mittels, das dem Kläger die Möglichkeit gewährte, seinen Anspruch gegen eine andere Person zu verfolgen. Dieses Mittel bot die missio in bona des Beklagten, welche der Prätor dem Kläger gewährte und durch welche diesem die Befugniß eingeräumt wurde, das Vermögen des Beklagten in Besitz und Obhut zu nehmen, eintretendenfalls es zu verkaufen und sich so in dem emtor bonorum einen Gegner zu schaffen, gegen den, als den Universalsuccessor des Beklagten, die Klage gerichtet werden konnte. Ob der Beklagte vor dem Prätor nicht erschien oder den Abschluß des Prozeßvertrages weigerte, das war an sich gleichgültig und mußte gleichgültig sein, denn in dem einen wie in dem andern Falle konnte es in

*) Karlowa: C.-P. S. 112. Demelius: Confessio S. 81 ff. Schultze a. a. S. 455 ff.

**) S. Bd. II. Geschichte des Civilprozesses. Heft 1. S. 100 f. — Die legis actio mit stillschweigender confessio bildete die Form für Uebertragung der Rechte (in jure cessio).

Digitized by Google

Folge des Verhaltens des Beklagten nicht zu einem judicium kommen. Natürlich wurde derjenige Beklagte, aus dessen Benehmen vor dem Prätor eine confessio folgte, ebenso wie früher für judicatus angesehen, sodaß gegen ihn die Zwangsvollstreckung vorgenommen werden konnte.*)

Der Eintritt der bezeichneten Rechtsfolgen war davon abhängig, daß der Beklagte gehörig geladen war und daß es an keiner Prozeßvoraussetzung fehlte. Hielt der Beklagte sich verborgen oder verletzte er durch sein Nichterscheinen ein von ihm bestelltes vadimonium, so durfte sofort zum Verkauf seiner Güter geschritten werden.

Welches die Folge war, wenn der Kläger in jure nicht erschien oder das Verhandeln weigerte, ist nicht mit Sicherheit festzustellen. Wahrscheinlich verlor er seinen Anspruch, im Formularprozeß auf Grund ausdrücklicher denegatio actionis.**)

2. Im Verfahren in judicio fehlte jede Veranlassung zu einem die Parteien zum Handeln nöthigenden Zwange, es konnte daher hier das reine Abwehrprinzip zur Geltung kommen. Nach diesem wurde denn auch verfahren; gleichwohl bestand auch hier ein Gegensatz zwischen dem Spruch- und dem Schriftformelprozeß.

In dem ersteren wurde, nachdem man bis Mittag vergeblich gewartet, zu Gunsten der allein anwesenden Partei erkannt, ohne daß man die Rechtmäßigkeit ihres Begehrens einer Prüfung unterzogen hätte. Im letzteren dagegen wird nur beim Ausbleiben des Klägers ohne weiteres zu Ungunsten der abwesenden Partei erkannt; blieb dagegen der Beklagte aus, so trug der Kläger seinen Anspruch und die ihn begründenden Thatsachen vor und wurde zur Führung des Beweises dieser Thatsachen zugelassen. Je nach dem Ergebniß der Beweisführung wurde zu seinen Gunsten oder zu seinen Ungunsten erkannt. Dieses einseitige Verfahren hieß eremodicium von ἔρημος δίκη (lis deserta).

Der Grund der verschiedenartigen Behandlung der Säumniß in diesem und in jenem Prozeß lag wiederum in der Verschiedenartigkeit der Parteibehauptungen. Im Spruchformelprozeß mußte der Anspruch des Klägers zunächst wieder in die

*) Die Fälle des Nichterscheinens und des Nichtverhandelns verschieden zu behandeln, ist innerlich nicht gerechtfertigt und läßt sich auch durch die Verweisung auf Gai. II, 24; lex Rubria c. 21. 22, sowie l. 52 D. de reg. jur. 50, 17 nicht rechtfertigen.

**) Suetonii Calig. 39. Hor. Sat. I, 9 v. 36. Livius 39, 18.

Digitized by Google

vor dem Prätor gewählte legis-actio gekleidet werden, bevor an eine Erörterung der den Anspruch begründenden Thatsachen herangetreten werden konnte; es wurde also wiederum eine Rechtsbehauptung aufgestellt, die Folge des unterlassenen Widerspruches konnte daher auch hier nur die sein, daß der Urtheilsentwurf des Klägers unangefochten blieb und folglich zu dem allein maßgebenden richterlichen Urtheil erhoben wurde. Erschien der Kläger nicht, so hatte es der Richter lediglich mit dem Urtheilsentwurf des Beklagten zu thun, der dahin ging, daß dem Kläger das Recht nicht zustehe, das er vor dem Prätor behauptet hatte; der Richter konnte also nichts anderes thun, als sich diesen unangefochtenen Urtheilsentwurf für seine sententia anzueignen.

Im Schriftformelprozeß wurde dem Richter durch die Anweisung des Prätors die Aufgabe gestellt, die Voraussetzungen des klägerischen Anspruches zu prüfen: si paret condemna. Diese Voraussetzungen waren Thatsachen, die Parteivorträge also Thatsachenbehauptungen. Er mußte demnach den Beweis der vom Kläger vorgetragenen Thatsachen auch dann verlangen, wenn der Beklagte nicht erschien oder sich nicht erklärte. Hätte er eine Behauptung als unwidersprochene und daher nicht entkräftete behandelt, so hätte er gegen seine Pflicht, selbständig zu prüfen, verstoßen, ja er hatte sogar die Verpflichtung, die exceptiones zu prüfen, da auch sie in Gestalt von Condemnationsbedingungen Aufnahme in die Formel gefunden hatten.

Wenn es also auch vorkommen konnte, daß der Beklagte trotz seines Ausbleibens freigesprochen wurde, so war der Nachtheil, den ihm seine Säumniß bereitete, meistens noch groß genug. Bekam doch der Richter alle diejenigen An- und Ausführungen, die ein dem Beklagten günstiges Urtheil hätten herbeiführen können, nicht zu hören. Blieb der Kläger aus, so fehlte es an dem Beweise der die Klage begründenden Thatsachen, es trat also der Fall des non paret ein, und der Beklagte wurde freigesprochen.

Im spätkaiserlichen und justinianischen Prozesse war mit Aufhebung der Trennung des Verfahrens in die bekannten Abschnitte auch die Abhängigkeit des gerichtlichen Verfahrens von einer vorangegangenen Litiskontestation fortgefallen. Der Kläger konnte demnach eine sententia erlangen, auch ohne daß der Beklagte durch thätige Mitwirkung ein richterliches Verfahren ermöglichte. Allein die Anschauung von der Nothwendigkeit einer

Digitized by Google

Litiskonteſtation wirkte noch auf lange Zeit hinaus fort, eine Erſcheinung, die um ſo erklärlicher iſt, als eine Reihe wichtiger materiellrechtlicher Wirkungen des Prozeßbeginnes an die Litiskonteſtation geknüpft blieben. Man geſtattete daher die Verhängung einer Geldſtrafe, ja die gewaltſame Vorführung des ausbleibenden Beklagten, wenn dieſer ſein Erſcheinen im Verhandlungstermine beſonders (durch juratoriſche Caution) verſprochen hatte.

Im übrigen konnte der Kläger wählen zwiſchen der Ausübung des ſchon früher zuläſſig geweſenen indirekten Zwangsmittels der missio in bona des Beklagten und der einſeitigen Verhandlung im Verſäumnißverfahren.*) So verordnen ſchon im Jahre 290 Diokletian und Maximian (l. 8 C. 7, 43).

a) Die missio blieb dieſelbe, wie ſie im alten Prozeß gegen den indefensus gehandhabt wurde: handelte es ſich um eine perſönliche Klage, ſo erfolgte die Einweiſung in das ganze Vermögen, ſtand eine dingliche Klage in Frage, ſo wurde dem Kläger nur der Beſitz der ſtreitigen Sache eingeräumt. Die missio iſt jetzt eine richterliche Anordnung, aber keine Entſcheidung in der Sache ſelbſt. Eine ſolche ergeht vielmehr erſt dann, wenn der Beklagte ſich innerhalb einer gewiſſen Friſt meldet, dem Kläger Sicherheit leiſtet und zur Sache verhandelt.**) Die Länge der Friſt iſt nicht bekannt, iſt aber jedenfalls eine nach heutigen Begriffen ſehr geräumige geweſen. Erſt nach Ablauf derſelben erfolgt der Verkauf der beſchlagnahmten Sachen und die Befriedigung des Klägers aus dem Verkaufserlöſe.

b) Das Verſäumnißverfahren beſtand in der einſeitigen Verhandlung des Klägers. Daß derſelbe den Beweis der vorgetragenen Thatſachen habe führen müſſen, ergiebt keine der hierfür angerufenen Quellenſtellen.***) Es iſt dem Richter nur zur Pflicht gemacht, praesentis allegationes audire (l. 8 C. 7, 43), ex una parte cum omni subtilitate causam requirere (l. 13 § 3 C. 3, 1), alſo mit möglichſter Sorgfalt die Rechtmäßigkeit des klägeriſchen Anſpruches zu prüfen. Da dem Richter ferner in l. 1 C. 7, 43 (ut absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas)

*) Schultze a. a. O. S. 570 Anm. 1 und: Grundlage des deutſch. Konkursrechts S. 146 ff.

**) Nov. 53 c. 4 § 1. l. 33 § 1 D. de reb. auct. jud. 42, 5.

***) So namentlich Puchta Inſt. I § 185. a. E. v. Bethmann-Hollweg Bd. 3 § 157.

Digitized by Google

zur Verurtheilung des abwesenden Beklagten nur die Ermächtigung gegeben, keineswegs die Verpflichtung auferlegt ist, so war es offenbar seinem Ermessen anheimgestellt, das Vorbringen des Klägers einfach zu glauben oder sich beweisen zu lassen. Auch dann, wenn er den Worten des Klägers unbedingten Glauben schenken mußte, standen immer nur die behaupteten Thatsachen für ihn fest, und es bedurfte der weiteren Prüfung, ob aus diesen Thatsachen der geltend gemachte Anspruch folgte.*)

Der Eintritt der bezeichneten Versäumnißfolgen setzte aber eine Constatirung der Säumniß voraus, die möglichst jeden Zweifel ausschließen sollte: dreimalige Ladung in einzelnen Zwischenräumen oder eine einzige, peremtorische, den Beklagten auf die Folgen seines Ausbleibens hinweisende Ladung.

Ob die Säumniß vor oder nach der Litiskontestation eintritt, ist gleichgültig;**) eine durchaus natürliche Erscheinung, die den Beweis liefert, daß die Anschauung von der Vertragsnatur und der aus dieser folgenden Unumgänglichkeit der Litiskontestation ihre Herrschaft jedenfalls zur Zeit Justinians eingebüßt hatte.

Wenn der Kläger ausbleibt, so ist der Beklagte ab instantia freizusprechen. War jedoch in der Sache bereits verhandelt und stand der Ablauf der dreijährigen Prozeßfrist bevor, so sollte der Kläger durch dreimalige Ladung zum Erscheinen aufgefordert werden. Ließ er diese Ladung unbeachtet, so konnte der Richter nach derjenigen Ueberzeugung, die er auf Grund der bisherigen Verhandlungen gewonnen hatte, endgültig entscheiden, in der Sache also möglichenfalls zu Gunsten, über die Prozeßkosten jedenfalls zum Nachtheil des Klägers.***)

Ein Akt der Parteidisposition ist ferner das Verhalten des Be-

*) v. Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 32 will hier den Gegensatz einer deutschrechtlichen Anschauung, nach der dem Worte des freien Mannes unbedingter Glaube geschenkt worden wäre, und einer römischen Anschauung, die dem Worte des egoistisch urteilenden Klägers gar keine Vergewisserungskraft beigemessen habe, aufstellen. Wie sich das Verhalten des Richters im Formularprozeß erklärt, ist oben gezeigt worden. Die Vorschriften des just. und überhaupt des spätkaiserlichen Rechts beruhten aber wahrscheinlich auf der Sorge für möglichst gewissenhafte Behandlung gerade derjenigen Sachen, in denen dem Richter nur eine Partei gegenüberstand. Hier bestand eine starke Versuchung, die Anführungen dieser einen Partei, selbst wenn sie recht unwahrscheinlich klangen, ohne weitere Prüfung als wahr hinzunehmen.

**) L. 13 § 5 C. de jud. 3, 1.

***) Bethmann-Hollweg III S. 308 ff.

Digitized by Google

klagten oder erst künftig zu Beklagenden auf die interrogatio in jure.*) Man versteht hierunter die vom Kläger vor dem Prätor über gewisse für die Rechtsverfolgung des Klägers wichtige Thatumstände an den Beklagten gerichteten Fragen, ein Institut, das vom prätorischen Edikt eingeführt und ausgebildet worden ist.**) Wer Jemanden als Erben seines Schuldners mit einer actio in personam belangen will, kann denselben darüber, ob und zu welchem Antheile er Erbe sei, befragen; wer eine Noxalklage, eine actio de pauperie oder die actio de peculio erheben will, kann sich über die Frage nach dem Eigenthum, der väterlichen Gewalt, nach dem Vorhandensein und der Höhe des Pekuliums, wer die Vindikation erheben will, kann sich über die Frage des Besitzes des Beklagten, wer die Erbschaftsklage anzustellen gedenkt, kann sich über die causa possessionis des Beklagten durch eine interrogatio in jure Gewißheit verschaffen. In allen diesen Fällen handelt es sich um Voraussetzungen der Rechtsverfolgung, die dem Kläger füglich nicht bekannt sein können, deren Kenntniß für denselben aber von um so größerer Bedeutung war, als ja im alten Verfahren jede plus-petitio den Verlust des Prozesses nach sich zog. Nun ist es dem Kläger zwar überall unbenommen, Fragen an seinen Gegner zu richten, die Eigenthümlichkeit der zum besonderen Rechtsinstitut ausgebildeten interrogatio in jure bestand aber darin, daß der Befragte an die von ihm ertheilte Antwort (quasi ex contractu) gebunden war und daß bei verweigerter oder unklarer Beantwortung der Kläger von der seinem Gegner nachtheiligsten Voraussetzung ausgehen durfte. Man faßte also die Antwort jedenfalls als Willenserklärung auf. In der Verweigerung der Antwort und in einer ausweichenden unbestimmten Erklärung aber mußte man — ohne sich einer gezwungenen Auslegung schuldig zu machen oder zu einer Fiktion greifen zu müssen — den Ausdruck des Willens finden, die Voraussetzung, von welcher der Kläger ausging, gelten zu lassen: der Beklagte würde, wenn er dies nicht gewollt, gewiß die ihm günstigere Antwort gegeben haben. Bei dieser Behandlung des Schweigens ist sicherlich die im Formularprozesse herrschende Anschauung von der Mitwirkungspflicht des Beklagten

*) Puchta Inst. I § 173. Keller § 51. Guyet im Archiv für civ. Praxis Bd. 40, S. 150 ff. Demelius: Confessio S. 20 ff. Baron 209. 1. Savigny VII. S. 20 ff.

**) Dig. XI, 1.

Digitized by Google

nicht ohne Einfluß gewesen.*) Ging der Kläger in seiner nachher erhobenen Klage von der zugestandenen Thatsache aus und wurde dieselbe zu seiner Sicherheit in der formula erwähnt, so sprach man von einer actio interrogatoria.

Im spätkaiserlichen Prozesse sind die interrogatoriae actiones jedenfalls weggefallen, da es ein vorbereitendes Verfahren nicht gab und vor Beginn des Prozesses Niemand zu einer (also außergerichtlichen) Antwort genöthigt war. Im Prozesse selbst konnten überall, wo der Richter es für angemessen erachtete, Fragen an die Parteien gerichtet werden. Ein hier abgegebenes Zugeständniß wurde unzweifelhaft als Dispositionsakt betrachtet, und aus dem Schweigen oder undeutlicher Erklärung wird man wie früher dem Beklagten ungünstige Schlüsse gezogen haben.**)

β. Die Handlungen der Gerichtsbehörden.

§ 78. Sowohl die Gewährung des judicium durch den Magistrat als die Beendigung desselben durch die sententia judicis beeinflussen die Rechte der Parteien.

1. Die Gewährung des judicium hat konsumirende Wirkung. Die Litiskontestation besteht nämlich in der Erklärung der Parteien, daß für das unter ihnen bestehende Privatrechtsverhältniß der Inhalt des richterlichen Urtheils maßgebend sein solle. Auf Grund der litiscontestatio erfolgt die Anordnung, daß ein Urtheil gefällt werden solle. Damit ist die Möglichkeit eines andern Urtheils auf Grund einer andern Litiskontestation über dasselbe Rechtsverhältniß ausgeschlossen, m. a. W. es hat sich an Stelle des privatrechtlichen Anspruches auf Leistung der prozeßrechtliche, also öffentlichrechtliche Anspruch auf Urtheil gesetzt. Damit ist jener verbraucht, konsumirt (§§ 41, 42).***) Das mußte sich mit dem Wegfall der Trennung des Verfahrens ändern: denn seither war die Litiskontestation nicht mehr der Akt, der den Anspruch auf Urtheil begründete, es konnte also nur das Urtheil konsumirend wirken.

---

*) L. 1 § 1 D. 11. 1. — cogitur respondere. L. 1 § 2 D. 25, 4. — cogendaque erit respondere.

**) L. 21 im Vergleich mit l. 1 § 1 D. de interrog. 11, 1.

***) S. außer dem am Schlusse von § 42 ausgesprochenen Urtheil noch Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältniß. 1889. S. 98—101.

Digitized by Google

2. Die sententia judicis tilgt den prozeßrechtlichen Anspruch der Parteien auf Urtheil, indem sie ihn befriedigt. Diesen Anspruch kann der Richter selbst mit Zustimmung beider Parteien nicht erneuern, die Entscheidung ist für ihn also unwiderruflich. Diesem Gedanken trug das römische Recht dadurch Rechnung, daß es das Amt des Richters mit der Verkündung des Urtheils beendet sein ließ.*) An sich folgt aus demselben Grundsatz von der Lösung des Prozeßverhältnisses aber die Unanfechtbarkeit des Urtheils, eine Folgerung, die das römische Recht denn auch in der That gezogen hat. Erst als mit der Einführung der Appellation den Parteien die Möglichkeit eröffnet wurde, ein anderes Urtheil von einem anderen Richter zu begehren, wurde erst durch das letzte zulässige Urtheil oder durch die Aufgabe des Rechtsmittelanspruches Seitens der Partei das Prozeßverhältniß gelöst.

Indem nun der Anspruch auf das condemnari oportere durch das Urtheil beseitigt, verbraucht wurde, trat eine zweite Consumtion in demselben Prozesse ein. Diese Wirkung des Urtheils blieb bestehen, als die konsumirende Wirkung der Litiskontestation beseitigt wurde. Denn der Anspruch auf condemnari oportere wurde nicht erst mehr durch die Litiskontestation geschaffen, er bestand vielmehr von vornherein und wurde durch den einseitigen Akt der Klageerhebung geltend gemacht. War demnach im späteren Prozeßrecht das Urtheil der einzige Prozeßakt, welcher Consumtionswirkung hatte, so fiel auch die frühere exceptio rei in judicium deductae, d. h. die Einrede, der jetzt geltend gemachte Anspruch sei Gegenstand der Litiskontestation schon in einem andern Prozesse gewesen, weg. Das Mittel, die eingetretene Consumtion eines abermals erhobenen Anspruches geltend zu machen, war jetzt nur die exceptio rei judicatae. Und sicher hatte diese Einrede ebenso wie die exceptio rei in judicium deductae ursprünglich nur den Zweck, die Nichtexistenz des abermals erhobenen Anspruchs durch den Hinweis zu behaupten, daß er durch ein früheres Urtheil erledigt, konsumirt sei. Man bezeichnet diese Verwendung der e. rei judicatae als ihre negative Funktion. Selbstverständlich ist ihr gegenüber der Inhalt des Urtheils gleichgültig: mag dasselbe kondemnirend oder absolvirend lauten, jedenfalls hat es den Anspruch beseitigt, über den es zu be-

*) Allgemeiner Theil § 142.

Digitized by Google

finden hatte. Eine andere Frage ist, ob die exc. rei judicatae auch eine positive Funktion hatte, d. h. ob das Urtheil nicht blos durch sein Dasein den von ihm betroffenen Anspruch aufzehrte, sondern auch das, was es aussprach, mit gesetzesgleicher Wirkung als verbindliche Rechtsnorm aufstellte. Die Frage ist streitig, muß aber dahin beantwortet werden, daß das römische Recht ursprünglich nur die negative, später aber auch die positive Funktion der exc. rei judicatae gekannt und in Anwendung gebracht hat.*)

Lautete das Urtheil kondemnirend, so ersetzte es den früheren Anspruch durch einen andern, welcher auf das judicatum facere ging: es begründete nach römischer Anschauung eine neue obligatio, quae ex causa judicati descendit,**) daher auch eine besondere actio judicati, die ohne Rücksicht auf die Dauer des ursprünglichen Anspruchs in dreißig Jahren verjährte.

2. Der Gang des Verfahrens.

a. Die Reihenfolge der Prozeßhandlungen.

§ 79. Der Spruch- und der Schriftformelprozeß zerfielen in zwei Abschnitte, die durch die Litiskontestation von einander streng geschieden, zwei verschiedenartigen Aufgaben dienten.

Das Verfahren in jure hatte die Aufgabe, festzustellen, ob ein der richterlichen Entscheidung bedürfender Rechtsstreit vorliege; es sollte zugleich die Sicherheit beschaffen, daß nur das vom Staate gewollte Recht zur Anwendung kommen werde. Waren diese Aufgaben erfüllt, so endete es mit der staatlichen Anordnung, daß über diesen Rechtsstreit der Richter urtheilen solle. Das Verfahren in jure diente also einem öffentlich-rechtlichen Interesse.

Das Verfahren in judicio diente der Erörterung und Entscheidung des Rechtsstreits, also dem privatrechtlichen Interesse der Parteien.

---

*) So Keller: Litiskontestation und Urtheil §§ 28 ff. v. Savigny: System VI, S. 20 ff. Windscheid: Die Aktio des römischen Civilrechtes 1856, § 10 u. A. Dagegen Bekker: Consumtion § 10. Dernburg: Pandekten I, § 162 (mit Modifikationen). — Vgl. jetzt auch Rümelin: Zur Lehre von der e. rei judicatae 1875.

**) L. 4 § 7. D. de re jud. 42, 1.

Digitized by Google

Es ergiebt sich hieraus, daß Prozeß nur das Verfahren in judicio war und daß das Verfahren in jure die Frage nach den Prozeßvoraussetzungen beantwortete, den Prozeß selbst aber nur vorbereitete.*) Es folgt daraus weiter, daß die Erklärung, der „Prozeß" zerfalle in zwei Abschnitte, nur insofern Berechtigung hat, als der erste Abschnitt dem Prozeßzwecke auch seinerseits dient, daß es aber im Sinne der Römer richtiger ist, Prozeß nur das zu nennen, was sie selbst mit judicium bezeichneten. In diesem Sinne muß vom römischen Civilprozeß gesagt werden, daß ihm die Gliederung in bestimmte Abschnitte unbekannt gewesen und immer geblieben ist, daß der Prozeßzweck für die Regel allerdings die Beobachtung einer gewissen Reihenfolge erheischte, daß diese Reihenfolge aber keine gesetzliche war und daß daher von einem Ausschluß von Prozeßhandlungen, die nicht in dem dafür bestimmten Verfahrensstadium vorgenommen waren, nicht die Rede sein konnte.

Nachstehend soll eine Darstellung des ganzen Verfahrens gegeben werden, wie es sich von der ersten Thätigkeit ab entwickelte d. h. also mit Einschluß des Verfahrens in jure.

1. Der Gang des Verfahrens im Legisaktionenprozeß.

I. Das Verfahren in jure und, wenn es zu einem judicium kommt, also das ganze Verfahren wird durch die vocatio in jus eingeleitet (§ 64).

Das Verfahren vor dem Magistrat durchläuft zwei Phasen: ein formlose Vorverhandlung und die formelle legis actio.

a) Die formlose Vorverhandlung**) war nicht nur im Interesse einer Vorbereitung des solennen Rituals der legis-actio, sondern auch in dem der Feststellung der allgemeinen Prozeßvoraussetzungen geboten.

Es handelte sich bei ihr einmal um die Bezeichnung des vom Kläger geltend zu machenden Anspruches, der besonderen Legisaktio, in welche der

*) Vgl. Wlassak: Litiskontestation S. 56.

**) Karlowa: C.-P. S. 341—345. Voigt: Zwölf Tafeln I, S. 538. 539. Schultze a. a. O. S. 481, 496 ff. Hartmann-Ubbelohde Ordo I, S. 437 ff.

Digitized by Google

Kläger seinen Anspruch zu kleiden gedachte, um Bezeichnung und Abschätzung des Streitgegenstandes, um die Stellung, welche der Beklagte gegenüber der Klage einzunehmen gedachte, sowie um eine Prüfung der Zuständigkeit des Magistrats, der Zulässigkeit des Legisaktionenprozesses, der Prozeßfähigkeit der Parteien und der Zulässigkeit einer Stellvertretung derselben. So nur erklärt es sich, daß das Verfahren in jure zuweilen nicht an einem Tage zu Ende geführt und die Fortsetzung der Verhandlungen durch ein vom Beklagten zu leistendes vadimonium gesichert wurde (Gai. IV, 184).

b) War durch diese Verhandlung die litis-contestatio soweit vorbereitet und soweit gesichert, daß sie in einem Akte und rechtsgültig erledigt werden konnte, so folgte als Schlußakt des Verfahrens in jure die feierliche litiscontestatio. Diese wurde eingeleitet durch die ordinatio judicii, d. h. durch die Bestimmung der Reihenfolge, in welcher die genügend vorbereiteten Sachen zur Litiskontestation gelangen sollten. Die Bestimmung ging vom Prätor aus und wurde durch das Loos getroffen.*)

Jede einzelne an der Reihe befindliche Sache wurde hierauf durch den praeco ausgerufen. Die Parteien traten heran und nahmen zuerst diejenige Handlung vor, von welchem dieser ganze Prozeßakt den Namen hat: sie riefen Zeugen auf (testes estote!), welche dem nun folgenden Ritus der legis-actio beiwohnen sollten. Hierauf sprachen sie unter Beobachtung der — oben (§§ 22, 27) beschriebenen — dieser Prozeßart wesentlichen Förmlichkeiten diejenigen Worte aus, welche als legis-actio im zweiten Sinne (§ 23) der Einkleidung ihrer Vorträge dienten.**) Um

*) Causa per sortem ordinata. Ordo = Reihenfolge. S. hierüber Hartmann-Ubbelohde a. a. O. S. 447 ff.

**) Irrig war die bislang vertretene Ansicht, es habe zunächst der Ritus der legis-actio (ohne Vorverhandlung) stattgefunden und erst nach diesem sei der Aufruf der Zeugen erfolgt. Dies ist widerlegt durch Hartmann a. a. O.; siehe vorige Note. Die bisherige Ansicht mußte dazu gelangen, den Parteien eine Wiederholung der legis-actio vor den Zeugen zuzumuthen, weil sonst der Zeugenaufruf ein zweckloser Akt gewesen wäre.

Digitized by Google

den Akt zu vollenden, bedurfte es nur noch der Bestellung des Gerichts. Diese ging in der schon früher dargestellten Art und Weise vor sich, daß der Kläger einen Vorschlag machte und der Beklagte ihn annahm oder daß der Prätor aus der Zahl der zum Geschworenendienste berufenen Männer den oder die Richter auswählte und falls kein Widerspruch erfolgte, auch ernannte und vereidigte. Bei der legis actio sacramento versprachen die Parteien, am dritten Tage vor dem Richter zu erscheinen.*)

Den Schluß der Verhandlung in jure that der Prätor durch den Ausruf: Diis honorem dico! kund.

II. Das Verfahren in judicio.

1. Erschienen beide Parteien vor dem Richter, so konnte die Verhandlung sofort beginnen. Sie war eine durchaus formlose, namentlich zerfiel sie nicht in streng von einander gesonderte Abschnitte. Wie Gajus (IV, 15) berichtet, war es indessen üblich, der eingehenden Erörterung des gesammten Streitstoffes eine kurze Angabe des Sach- und Streitstandes voranzuschicken (die causae conjectio).**) Es war dies in einem rein mündlichen Verfahren nicht nur natürlich, sondern bei einigermaßen verwickelteren Sachen sogar geboten. An diese causae conjectio, durch welche man dem Richter eine Uebersicht über den Streitstoff gegeben hatte, schloß sich die Angabe der Beweismittel und die Beweisführung. Die Erörterung der einzelnen, von den Parteien vorgetragenen Thatsachen und die Würdigung der Beweisergebnisse hieß peroratio causae und schloß sich naturgemäß an die Beweisaufnahme an.

Das Verfahren in judicio schloß ab mit dem Urtheil.

2. Erschien nur eine Partei vor dem judex, so wurde, falls nicht etwa vor dem Magistrat durch einen Bevollmächtigten der ausgebliebenen Partei die Abwesenheit dieser durch einen triftigen Grund entschuldigt und damit eine Verlegung des Verhandlungs-Termines herbeigeführt wurde, ohne daß es einer Verhandlung bedurfte, zu

*) Gai. IV, 15.

**) Keller: C.-P. § 13. Bethmann-Hollweg I, S. 184 f. Wenn Wieding: der just. Libellprozeß S. 78 ff. und Karlowa: C.-P. S. 368 ff. der causae conjectio die Bedeutung eines Verfahrensabschn. geben wollen, so übersehen sie das solebant bei Gajus und die Bedürfnisse des mündlichen Verfahrens.

Digitized by Google

Gunsten der anwesenden Partei erkannt. Es mußte jedoch bis Mittag gewartet werden, bevor die nicht erschienene Partei als abwesend betrachtet und von dem bezeichneten Rechtsnachtheil betroffen werden konnte.*)

Erschien keine der Parteien, so konnte jedenfalls ein Urtheil in der Sache selbst nicht gefällt werden. Was aber in solchem Falle geschah, ist unbekannt.

2. Der Gang des Verfahrens im Formularprozeß.

Das Verfahren beginnt mit der in jus vocatio. Sind beide Theile vor dem Magistrat erschienen, so giebt der Kläger dem Beklagten kund, weswegen er ihn geladen habe und welcher formula er sich zur Einkleidung seines Anspruches bedienen wolle (editio actionis), zugleich richtet er an den Magistrat die Bitte, ihm die gewünschte Formel zu ertheilen oder eine neue formula zu schaffen (postulatio actionis). Der Beklagte braucht sich nicht sofort zu erklären, er kann vielmehr zum Zwecke seiner Vorbereitung die Vertagung der Verhandlung verlangen, es sei denn, daß der Magistrat schon auf Grund des einseitigen klägerischen Vorbringens zu einer denegatio actionis gelangt. Ist der Beklagte zu einer Entgegnung bereit, so wird mündlich und formlos über die Redaktion der formula verhandelt; es handelte sich dabei vorzugsweise um eine etwaige Aenderung der Formel und um die Aufnahme von Exceptionen, Präskriptionen, Replikationen u. s. w. Endlich wird darüber verhandelt, ob ein arbiter, ein judex oder Rekuperatoren bestellt werden sollen, ob die Ernennung alsbald zu erfolgen habe oder auf den nächsten rerum actus zu verschieben sei. Im letzteren Falle wird die Verhandlung für jetzt abgebrochen, und bei Beginn des rerum actus erfolgt alsdann die ordinatio judicii. Im ersteren Falle wird der Richter sofort ernannt. Sein Name wird in die nun endgültig redigirte Formel gestellt und darauf im Einverständniß mit dem Beklagten die fertige Formel dem Kläger übergeben und der Richter vereidigt.

Die Verhandlungen in judicio beginnen comperendino die und haben dieselbe Gestalt wie im Legisaktionenprozeß.

3. Der Gang des justinianischen Prozesses.

Der Kläger überreicht bei Gericht den libellus conventionis, τὸ τῆς αἰτιάσεως (ὑπομνήσεως) βιβλίον, in welchem die

*) Karlowa C.-P. S. 366—368. Voigt a. a. O. S. 541. Baron a. a. O. § 201².

Digitized by Google

Klage kurz bezeichnet ist. Der Richter prüft sie auf ihre Schlüssigkeit und Zulässigkeit, weist sie entweder durch einen besonderen Bescheid zurück oder ordnet ihre Zustellung an den Beklagten an, indem er zugleich den Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt. Dieser Termin, der auch dem Kläger mitgetheilt wird, muß so gewählt werden, daß dem Beklagten eine Einlassungsfrist von wenigstens zwanzig Tagen verbleibt.*) Ist diese Frist nicht gewahrt, so kann vor dem Richter nicht verhandelt werden.

Die Klageschrift wird durch einen Gerichtsunterbeamten gegen ein mit dem Datum versehenes Empfangsbekenntniß zugestellt.

Die Verhandlung vor Gericht hat zunächst die Prozeßvoraussetzungen zum Gegenstande. Dahin gehende Rügen des Beklagten, sog. prozeßhindernde Einreden, sind die exceptio litis pendentis d. h. der Einwand, daß derselbe Anspruch bereits bei einem anderen Gerichte geltend gemacht worden sei und daß das dortige Verfahren noch schwebe, die exceptio rei judicatae, die exceptio procuratoria, die e. judicis suspecti (d. h. der Befangenheit des Richters), ex. fori incompetentis, der Hinweis, daß Kläger die erforderlichen Kautionen nicht gestellt habe. Wird ein derartiger Einwand erhoben und für begründet befunden, so ergeht eine absolutio ab instantia, durch welche nicht über den privatrechtlichen Anspruch entschieden, sondern nur der prozeßrechtliche Anspruch auf ein von dem angerufenen Richter zu fällendes Urtheil zurückgewiesen wird.

Werden prozeßhindernde Einreden aber nicht vorgebracht, oder die etwa erhobenen verworfen (was durch eine interlocutio, ein Zwischenurtheil) geschieht, so beginnt die Verhandlung über den in der Klage erhobenen Anspruch selbst. Der Kläger trägt denselben mündlich vor, und der Beklagte widerspricht. Damit ist der Streitwille bekundet, lis contestata. Parteien und Advokaten leisten den Kalumnieneid und verhandeln demnächst mündlich zur Sache. Diese Verhandlung zerfällt nicht in Abschnitte, namentlich sind Behauptungen und Beweise nicht von einander geschieden. Neue Thatsachen und Beweismittel können bis zum Erlaß des Urtheils noch vorgebracht werden (nur prozeßhindernde Einreden sind durch die Litiskontestation ausgeschlossen), der Richter hat schließlich an die Parteien die Frage zu richten, ob sie noch etwas anzuführen haben**),

*) Nov. 53 c. 3.
**) L. 9 C. de jud. 3, 1.

Digitized by Google

worauf er mit seinen Beisitzern in Berathung tritt, das Urtheil fällt, dasselbe niederschreibt und den Parteien vorliest.

Wie schon erwähnt, zeigt der Prozeß im oben gebrauchten Sinne, das judicium, keine Abschnitte. Einen Ausschluß bestimmter Angriffs- und Vertheidigungsmittel bewirkte nur die Litiskontestation, und zwar kraft juristischer Konsequenz. Da sie die Erklärung des Streitwillens d. h. des Willens beider Theile, über den Anspruch selbst zu verhandeln und über ihn durch Urtheil entscheiden zu lassen, enthielt, so konnte nicht hinterher von dieser Erklärung zurückgetreten, nicht das einmal begründete Prozeßverhältniß wieder aufgehoben, nicht nach der Litiskontestation noch eine prozeßhindernde Einrede vorgebracht werden. Daß aber im Schriftformelprozeß der Richter nur diejenigen Rechtsbehelfe der Parteien berücksichtigen konnte, die in der Formel Aufnahme gefunden hatten, also von den Parteien in jure vorgebracht worden waren, war keine Folge etwa des Präklusionsprinzips oder gar der Eventualmaxime, sondern der rechtlichen Natur der formula, als eines bedingten Befehles des Prätors, zu verurtheilen oder freizusprechen, wenn gewisse Bedingungen vorhanden oder nicht vorhanden wären. Nicht weil man die Parteien nöthigen wollte, das gesammte Streitmaterial auf einmal vorzubringen, auch nicht weil man Ordnung und Uebersicht in den Streitstoff bringen wollte, wurden die Rechtsbehelfe der Parteien durch die Formel fixirt, sondern weil es Aufgabe des Magistrats war, nur diejenigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel zuzulassen, welche sich auf staatlich anerkanntes Recht stützten. Das Präklusionsprinzip und die Eventualmaxime waren dem römischen Prozesse zu allen Zeiten fremd.

§ 80. Wie der Entwicklungsgang des römischen Prozesses gezeigt hat, ist auf den einzelnen verschiedenen Stufen das Bestreben hervorgetreten, der Verschiedenartigkeit der Rechtsschutzbedürfnisse durch die Gewährung verschiedener Prozeßformen möglichst gerecht zu werden.

In alter Zeit reihten sich neben den ordentlichen Civilprozeß der legis actio sacramento die für besondere Fälle gegebene legis actio per judicis postulationem und die l. a. per condictionem. Lange Zeit bestanden Formularprozeß und Legisaktionenprozeß neben einander, und für gewisse Fälle bot sich außerdem das Interdiktenverfahren als außerordentliche Prozeßform. Als dann der Formularprozeß zur alleinigen Herrschaft gelangte, war es die Elasticität der Formel, die das

Digitized by Google

eine ordentliche Verfahren den verschiedensten Bedürfnissen der Rechtsverfolgung anzupassen im Stande war. Daneben entwickelte sich in der extraordinaria cognitio eine Verfahrensart, die durch die volle Befreiung von allem Formenzwange und durch die Zulassung unmittelbarer Spezialexekution allen denjenigen Rechtsschutzbedürfnissen Rechnung trug, für die sich das Formularverfahren als ungeeignet erwies. Mit der Erhebung dieser extraordinaria cognitio zum ordentlichen Prozeß schien sich denn auch die Gewährung außergewöhnlicher Prozedurformen zu erübrigen, ging doch auch das Interdiktenverfahren in dem allgemeinen ordentlichen Prozeß auf. Ein Bedürfniß nach einem Verfahren, das unbekannte Interessenten zur Geltendmachung ihrer Rechte aufforderte und den sich nicht meldenden mit einem Rechtsnachtheile bedrohte, hat in jener Zeit offenbar ebenso wenig bestanden als ein Bedürfniß nach einem auf schleunige Gewährung eines vollstreckbaren Titels gerichteten, die Vertheidigung gänzlich oder vorläufig beschränkenden Verfahrens.*)

b. Ort und Zeit der Prozeßhandlungen.

aa. Ort.

§ 81. Die Magistrate hielten auf dem Theile des forum Romanum Gericht, auf welchem sich die Comitien zu versammeln pflegten. Daselbst befand sich ein tribunal, eine erhöhte Bühne, welche für den Magistrat, seine Berather und seine Subaltern- und Unterbeamten bestimmt war. Der Magistrat selbst nahm auf einem erhöhten Sessel, der sella curulis, Platz. Diese äußere Ordnung gab der Verhandlung selbst eine gewisse Feierlichkeit, es wurden daher alle wichtigen Geschäfte pro tribunali vorgenommen, die unbedeutenderen Geschäfte dagegen pflegte der Magistrat in minder förmlicher Weise auf ebener Erde (de plano) zu erledigen.

Die Richter bedienten sich zu ihren Verhandlungen desselben, und nur wenn dieser vom Magistrat besetzt war, eines anderen Theiles des forum Romanum.

Alle Verhandlungen wurden zur Zeit der Republik unter freiem Himmel vorgenommen; in der Kaiserzeit wurden zugleich mit der Vermehrung der Gerichtsstätten offene Hallen (basilicae) erbaut, namentlich hielt das Centumviralgericht seine Sitzungen

*) S. dagegen mittelalterlich-deutschen Prozeß § 69.

Digitized by Google

in der auf dem Forum errichteten basilica Julia ab. In späterer Zeit zogen sich die Gerichtsverhandlungen in geschlossene Säle (auditoria, tabularia, secreta) zurück.

Bis zu dieser Zeit bestand denn auch für alle Verhandlungen die unbeschränkteste Oeffentlichkeit, aber auch mit der Einkehr der Gerichte in geschlossene Räume wurde die Oeffentlichkeit nicht ganz beseitigt, sondern für die sog. honorati aufrechterhalten. Nicht öffentlich waren die vom Kaiser abgehaltenen Gerichtssitzungen.

In den Provinzen wurden nicht blos in der Provinzialhauptstadt, sondern auch in den anderen bedeutenderen Orten vom praeses provinciae Gerichtstage abgehalten.

bb. Die Zeit.*)

§ 82. 1. Nicht an jedem Tage durften Prozeßhandlungen vorgenommen werden. Man unterschied in dieser Beziehung dies fasti und dies nefasti: an den ersteren war durch das göttliche Recht (fas) die Rechtsprechung und die Abhaltung von politischen Versammlungen gestattet, an den letzteren untersagt. Die dies fasti aber waren wieder entweder dies comitiales d. h. solche, an welchen Comitien abgehalten werden konnten, die aber, falls sie zu diesem Zwecke nicht gebraucht wurden, zur Uebung der Rechtspflege bestimmt waren, oder dies fasti im engeren Sinne d. h. solche, an denen nur die Rechtsprechung, nicht auch die Abhaltung von Comitien gestattet war. Daneben gab es Tage gemischter Natur, dies fissi oder intercisi, die während eines Theiles die Eigenschaft der fasti, während des anderen Theiles die Eigenschaft der nefasti hatten.

Die Bedeutung der dies nefasti bestand indeß nur darin, daß den Magistraten das do, dico, addico untersagt war.**) Es folgt hieraus, daß das Verfahren vor dem Richter durch den Gegensatz der dies fasti und nefasti nicht berührt, und daß nach Einführung des Formularprozesses, als man sich von jenen durch die Pontifices streng gewahrten Formen des

---

*) Hartmann-Ubbelohde: Ordo I, S. 10 ff. Karlowa: R.-C.-P. S. 271 ff. Keller-Wach. § 3. Baron: R. G. S. 365.

**) Varro de L. L. VI, 4, § 29: Dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari. § 30. Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem do dico addico.

Digitized by Google

Legisaktionenverfahrens befreite,*) das an die dies nefasti geknüpfte Verbot auch gegenüber den Magistraten gegenstandslos wurde. Für die Verhandlungen vor den Richtern stand das ganze Jahr offen. Indessen wurden während der großen öffentlichen Spiele im Frühjahr und Herbst Gerichtsverhandlungen nicht abgehalten, so daß die Gerichtszeit in zwei Perioden zerfiel.**) Während dieser Perioden sollten sich die in die Richterliste aufgenommenen Personen in Rom anwesend und zur Uebernahme des Richteramtes bereit halten. Uebrigens wurden auch während der Korn- und Weinernte die Verhandlungen ausgesetzt.

Nachdem in der ersten Kaiserzeit in Folge der veränderten religiösen Anschauungen die Bedeutung aller jener älteren Eintheilungen der Geschäftszeit verloren gegangen war und Augustus, Claudius und Galba einzelne Aenderungen vorgenommen hatten, regelte Mark Aurel die Geschäftszeit für die Magistrate und Richter einheitlich in der Weise, daß er den 40 dies fasti die verfügbar gewordenen 190 dies conitiales hinzufügte und auf diese Weise 230 Gerichtstage (dies judiciarii) erhielt. Alle andern Tage waren gerichtsfrei (dies feriati, feriae), an ihnen sollten mit Ausnahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die gerichtlichen Geschäfte ruhen und die gleichwohl und ohne dringendes Bedürfniß vorgenommenen Verhandlungen nichtig sein. Justinian bestimmte die Erntemonate, die christlichen Sonntage und kirchlichen Feiertage sowie einige weltliche Festtage zu Ferien (C. 6 [7] Cod. de feriis 3, 12) und behielt hiernach 240 Gerichtstage.

---

*) z. B. statt judicem do — judex esto.

**) Rerum actum divisum antea in hibernos aestivosque menses Suetonii: Claudius 23.

Th. Schatzky, Breslau, Wallstr. 14.

Digitized by Google

Digitized by Google

Verlag von Wilhelm Koebner in Breslau:

Bendix, Das Preußische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872, mit Erläuterungen nebst der Preußischen Grundbuchordnung. Kart. Preis 2 Mk. 50 Pf.

Ebert, E., Das amtsgerichtliche Dezernat. Beispiele und Verfügungsentwürfe für die gesammte amtsrichterliche Thätigkeit nach Reichs- und Landrecht, unter Anführung der einschlägigen, gesetzlichen Bestimmungen. Preis 5 Mk., in Lwbd. 6 Mk.

Engelmann, A., Das preußische Privatrecht in Anknüpfung an das gemeine Recht systematisch dargestellt. 4. Auflage. Preis 7 Mk., in Lwbd. 8 Mk.

——Der Civilprozeß. Geschichte und System.
Erster Band: Allgemeiner Theil. Preis 2 Mk. 50 Pf.
Zweiter Band: Geschichte des Civilprozesses.
Erstes Heft: Der mittelalterlich-deutsche Prozeß. Preis 1 Mk. 60 Pf.

Kries, Aug. von, Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses. Preis 5 Mk. 40 Pf.

Kurtz, C., Anleitung zur Bearbeitung der Vormundschafts-, Nachlaß- und Testamentssachen mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und Anhang, enthaltend Formulare zu gerichtlichen Taxen. Preis 3 Mk.

——Verfügungen und Verhandlungen in Grundbuchsachen. Nebst Uebungen im Expeditions-, Stempel- und Kostenwesen. Preis 2 Mk. 40 Pf.

Mandowski, O., 100 Stellen aus dem Corpus juris (Digesten) mit ausführlicher Interpretation. Für Studirende. Zweite verbesserte Auflage. Preis 2 Mk.

Rosin, H., Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Preis 4 Mk. 50 Pf.

Th. Schatzky, Buchdr., Breslau, Wallstr. 14b

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,
Landgerichtsrath.

Zweiter Band:

Geschichte des Civilprozesses.

Drittes Heft:

Der romanisch-kanonische Prozeß und die Entwicklung des Prozeßrechts in Deutschland bis zum Erlaß der deutschen Civilprozeßordnung.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
(Inhaber: M. & H. Marcus.)
1895.
Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,

Landgerichtsrath.

Zweiter Band:

Geschichte des Civilprozesses.

Drittes Heft:

**Der romanisch-kanonische Prozeß
und die Entwicklung des Prozeßrechts in Deutschland
bis zum Erlaß der deutschen Civilprozeßordnung.**

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
(Inhaber: M. & H. Marcus.)
1895.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

Auch bei Abfassung des jetzt erscheinenden Theiles war mein Bestreben darauf gerichtet, zwischen nackter Aufzählung geschichtlicher Thatsachen und allzu eingehender Darstellung von Erscheinungen, die nur den Rechtshistoriker interessiren, die richtige Mitte zu finden.

Berlin, den 5. September 1895.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Abkürzungen.

KGO. = Kammergerichtsordnung.
DA. = Deputationsabschied.
JRA. = Jüngster Reichsabschied.

Auf Seite 172 fehlt unter 2) das Zeichen § 62.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung. S.

§ 1. Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung . . . . 1.
§ 2. „ „ den Inhalt des Werkes . . . . . 2.

I. Abschnitt: Entwicklung in den germanischen Reichen auf römischem Boden.

§ 3. Uebersicht . . . . . 4.
1. Der Prozeß des westgothischen Gesetzbuchs. § 4 . . 6.
2. Der Prozeß des longobardischen Rechts. § 5 . . . 8.
3. Gerichtsverfassung und Prozeß der Longobarden. § 6 10.
4. Der römische Civilprozeß des 11. Jahrhunderts. § 7 15.

II. Abschnitt: Zunehmender Einfluß des römischen Rechts . . . . . 19.

§ 8. Die Rechtsschulen. § 9. Die fingirten Constitutionen. § 10. Der Brachylogus.

III. Abschnitt: Die Bildung des romanisch-kanonischen Prozesses.

1. Die Rechtsschule zu Bologna und die Legisten . . . . 25.
§§ 11. 12.
2. Das Recht der Kirche und die Kanonisten . . . . . 32.
§§ 13. 14.
3. Das italienische Territorialrecht. § 15 . . . . . 41.

IV. Abschnitt: Der romanisch-kanonische Prozeß.

§ 16. Ueberblick . . . . . 44.
A. Der ordentliche Prozeß . . . . . 45.
§ 17. Verfahrensgang. § 18. Schriftlichkeit. § 19. Richter und Gerichtsschreiber. § 20. Parteien. § 21. Die Klage. § 22. Ladung. § 23. Versäumniß. § 24. Litiskontestation. § 25. Einreden. § 26. Widerklage. § 27. Kautionen und Kalumnieneid. § 28. Streitverhandlung. Positionen. Artikel. § 29. Weiteres Verfahren. § 30. Urtheil. § 31. Anfechtung der Urtheile. § 32. Der Beweis. § 33. Vollstreckung des Urtheils.
B. Die Entwicklung eines summarischen Prozesses und der Einfluß des Territorialrechts . . . . . 84.
§ 34. Der Prozeß der italienischen Statutarrechte. § 35. Die Clementina Saepe. § 36. Summarische Prozesse des

Digitized by Google

italienischen Rechts. § 37. Kanonischer Besitzprozeß. § 38. Die Nichtigkeitsbeschwerde.

V. Abschnitt: Die Aufnahme des romanisch-kanonischen Prozesses in Deutschland . . 97.

§ 39. Allgemeines. § 40. Der Rechtszustand vor der Reception. § 41. Der Reception förderliche Umstände. § 42. Das Reichskammergericht. § 43. Der Reichshofrath. § 44. Prozeß des Kammergerichts. § 45. Einfluß auf die Landesgesetzgebung.

VI. Abschnitt: Die Reaktion gegen die Aufnahme des fremden Rechts und die Bildung des gemeinen Prozeßrechts . . . . . 121.

§ 46. Das alte Sachsenrecht und die Wissenschaft. § 47. Die sächsische Konstitutionengesetzgebung. § 48. Der jüngste Reichsabschied. § 49. Die Wissenschaft des gemeinen deutschen Prozeßrechts.

VII. Abschnitt: Der gemeine deutsche Civilprozeß . . 134.

§ 50. Allgemeine Grundsätze. § 51. Die Gerichte. § 52. Gegensatz von ordentlichem und außerordentlichem Prozeß.

A. Der ordentliche Prozeß . . . . . 136.

§ 53. Ueberblick.

I. Der Schriftenwechsel. § 54 . . . . . 137.

II. Das Beweisverfahren . . . . . 143.

§§ 55. 56.

III. Das Urtheil. § 57 . . . . . 154.

IV. Die Zwangsvollstreckung . . . . . 162.

§§ 58. 59.

B. Der außerordentliche Prozeß . . . . . 168.

§ 60. Begriff. § 61. Die regulär-unbestimmt summarischen Prozesse. § 62. Die irregulär-bestimmt summarischen Prozesse.

VIII. Abschnitt: Die Entwicklung des französischen Civilprozesses und der englische Prozeß 178.

§ 63. Französische Rechtsentwicklung im Gegensatz zur deutschen. § 64. Die Quellen. § 65. Der Stylus Curiae von du Brueil. § 66. Die Ordonnance civile von 1667. § 67. Der code de procédure civile. § 68. Abriß des englischen Civilprozesses.

IX. Abschnitt: Deutsche Partikulargesetzgebung und Schöpfung eines einheitlichen Prozeßrechts . . . . . 200.

§ 69. Kritik des gemeinen Civilprozesses. § 70. Preußische Gesetzgebung. § 71. Oesterreichischer Prozeß. § 72. Reformvorschläge. § 73. Partikulare Reformgesetze. § 74. Entstehung der deutschen Civilprozeßordnung.

Digitized by Google

Einleitung.

§ 1. Zwei mal in der Geschichte unseres Prozeßrechts haben römisches und deutsches Recht auf einander eingewirkt; das erste Mal geschah es, als große Provinzen des römischen Reiches von germanischen Völkerschaften erobert wurden und in den neu entstandenen Reichen zuerst die Gesetze der Sieger und der Besiegten gleichberechtigt nebeneinanderstanden, nachher aber mit der Annäherung der verschiedenen Nationen auch ein wechselseitiger Austausch der verschiedenartigen Rechtsgedanken erfolgte; das zweite Mal, als gegen das Ende des Mittelalters das Rechtsleben im deutschen Reiche das fremde, im wesentlichen römische Recht als Ganzes in sich aufnahm.

Wie in jenen germanischen Reichen in Gallien, Spanien und Italien das deutsche Volksthum vom romanischen aufgesogen wurde und unterging, ist bekannt. Mit ihm aber unterlag auch das germanische Recht dem immer stärker werdenden Einflusse des römischen Rechtes. Zwar haben zahlreiche deutsche Rechtsinstitute ihre Lebenskraft bewahrt, doch hatte jener wechselseitige Austausch nicht den Erfolg, daß das germanische Recht um eine Anzahl römischer, sondern umgekehrt, daß das römische Recht um einige deutschrechtliche Einrichtungen bereichert wurde. Man kann daher diese Periode der Geschichte des Prozeßrechts charakterisiren als eine Weiterentwicklung des römischen Civilprozesses. Sie wurde befördert durch den Einfluß der Kirche, die nach römischem Rechte lebte und daher zur Ausdehnung der Herrschaft des römischen Rechtes erheblich beitrug. So entwickelte sich auf dem Gebiete des Privatrechts wie dem des Prozesses das in den Schriften zahlreicher italienischer

Digitized by Google

Juriſten niedergelegte romaniſche Recht. Dieſes nicht mehr rein römiſche, wegen ſeiner überwiegend römiſchen Grundlage mit dem Namen romaniſches bezeichnete Recht war es, das nachher in Deutſchland recipirt wurde. Der romaniſche Prozeß wurde hier der Prozeß des Reichskammergerichts, damit aber mittelbar der Prozeß zahlreicher Territorialgerichte. Doch das deutſche Recht ließ ſich durch das fremde nicht völlig übermannen: eine lebhafte Reaktion ging von ihm aus, und aus dem herübergenommenen fremden Recht und Inſtituten einheimiſchen Rechts ſchufen Wiſſenſchaft und Praxis ein eigenthümliches Gebilde, das unter dem Namen gemeiner deutſcher Civilprozeß das Verfahren überall da beherrſchte, wo die Landesgeſetzgebung nicht eigene partikulare Normen ſetzte. Die Wiſſenſchaft des gemeinen Civilprozeſſes war fortan die Prozeßwiſſenſchaft ſchlechthin. Für die Bedürfniſſe der Praxis erwies ſich ſein künſtliches, aber ſchwerfälliges Syſtem nicht brauchbar. Mehrere Landesgeſetzgebungen ſchufen daher ſelbſtändige, das gemeine Recht völlig ausſchließende Prozeßordnungen, andere änderten das gemeine Recht nur in einzelnen Punkten.

Mittlerweile hatte ſich Frankreich auf Grund der einheimiſchen und der auch dort eingedrungenen italiſch-romaniſchen Gewohnheiten zuerſt im 17., ſodann im Anfange des 19. Jahrhunderts ein von dem Prozeßrecht Deutſchlands erheblich abweichendes Prozeßgeſetz geſchaffen. Da dieſes Geſetz nicht nur in anderen romaniſchen Ländern Nachahmung fand, ſondern auch in einem Theile der Länder des früheren deutſchen Bundes galt und nach der Wiederherſtellung des deutſchen Reiches in Geltung blieb, dort auch als einfach und praktiſch brauchbar geprieſen wurde, ſo war es nur natürlich, daß man bei den zahlreichen Reformen des Prozeßrechts, die das neunzehnte Jahrhundert begonnen und zum Theil durchgeführt hat, da, wo man vom gemeinen Rechte abweichen wollte, das franzöſiſche Recht zum Vorbilde nahm. Eine lange Reihe ſolcher Reformarbeiten führte im Jahre 1877 zu einer Civilprozeßordnung für das deutſche Reich. Auch ſie hat die auf ſie geſetzten Hoffnungen nicht erfüllt. Man iſt daher nicht nur bei der in Oeſterreich geplanten Reform des Prozeßrechts den Wegen der deutſchen Civilprozeßordnung nicht gefolgt, ſondern hat auch in Deutſchland ſelbſt eine Abänderung der Prozeßordnung beſchloſſen.

§ 2. Die nachfolgende Darſtellung wird dieſer Skizze

Digitized by Google

des historischen Entwicklungsganges folgen. Sie wird deshalb im ersten Abschnitte zeigen, zu welchen Prozeßgebilden die Berührung deutschen und römischen Rechtes in einigen der germanischen Reiche auf römischem Boden geführt hat. Nachdem dann der zunehmende Einfluß des römischen Prozesses dargestellt ist, wird ein besonderer Abschnitt den sog. kanonischen, richtiger italisch-romanischen Prozeß zur Anschauung zu bringen suchen. Darauf soll gezeigt werden, warum und in welcher Weise dieses fremde Recht in Deutschland Aufnahme gefunden hat. Im Anschlusse hieran mußte eine Darstellung des gemeinen deutschen Prozesses gegeben werden. Warum und wie man in den mächtigsten deutschen Territorien vom gemeinen Prozesse abgewichen ist, worin die Eigenthümlichkeiten des französischen Prozesses liegen und welche Wege die Reformarbeiten eingeschlagen haben, ist der Gegenstand weiterer Abschnitte, in denen zugleich die Entstehung der Reichscivilprozeßordnung dargestellt werden soll. Endlich soll ein Blick auf das englische Prozeßrecht geworfen werden.

Digitized by Google

I. Abschnitt.

Entwicklung in den germanischen Reichen auf römischem Boden.

§ 3. Uebersicht. Als germanische Völkerstämme gegen Ende des fünften und Anfang des sechsten Jahrhunderts in Ländern, welche zu den Provinzen des weströmischen Reiches gehörten, selbständige Reiche bildeten, ließen sie das römische Recht für die unterworfenen Römer bestehen. Einzelne germanische Herrscher ließen für ihre römischen Unterthanen sogar besondere Redaktionen des römischen Rechtes veranstalten. So entstanden das Edikt Theoderichs des Großen im Jahre 500 für das Ostgothenreich, das jener Fürst in Italien begründet hatte und das von 493 bis 555 bestand, das s. g. Breviarium Alaricianum oder Lex Romana Visigothorum, eine von Alarich II. 506 für die Römer des Westgothenreiches und die Lex Romana Burgundionum oder der sog. Papianus, eine vermuthlich vom Könige Gundobad nach 517 für die Römer des Burgunderreiches gegebene Redaktion römischen Rechtes.

Das große Gesetzgebungswerk Justinians trat Anfangs nur im oströmischen Reiche in Kraft. Als aber die Wiedereroberung Italiens als vollendet angesehen werden konnte, führte Justinian durch eine Verordnung vom Jahre 554 (Sanctio pragmatica) seine Gesetzessammlung in Italien ein, was um so leichter von statten gegangen sein muß, als das Werk Justinians wesentlich nur enthielt, was vor dem Untergange des weströmischen Reiches auch dort als Recht gegolten hatte. Damit wurde auch der justinianische Libellprozeß das gesetzliche Prozeßverfahren Italiens. Auf die

Digitized by Google

Rechtsentwicklung Italiens aber kommt es vorzugsweise an. Denn wenn schon im Westgothenreiche durch das Breviarium und selbst im Frankenreiche die Erinnerung an das römische Recht immer lebendig blieb, so ging doch die für die Rechtsentwicklung so überaus wichtig gewordene Wiederbelebung des römischen Rechtes in Studium und Praxis von Italien aus.

Diese Wiederbelebung sollte indessen erst nach Jahrhunderten kommen.

Bald nach der Einführung der justinianischen Rechtsbücher drangen im Jahre 568 die Longobarden in Italien ein, eroberten in siebenjährigem Kampfe die Gegenden um den Po und errichteten in Friaul sowie in Spoleto und Benevent eigene Herzogthümer, vermochten indessen nicht alle Theile Italiens zu unterwerfen: die venetianischen Inseln, der Küstenstrich von der nördlichen Pomündung bis nach Ancona hin und damit Ravenna, damals der Hauptsitz der griechischen (oströmischen) Macht in Italien, die Südspitze der Halbinsel mit Sicilien, endlich die Landschaften von Rom und Neapel blieben im Besitze der Griechen.[1])

War somit die Herrschaft Ostroms in Italien von nur kurzem Bestande gewesen, so war sie doch dem neuen germanischen Eroberer nicht vollständig erlegen, ein Umstand, der wesentlich dazu beitrug, das römische Prozeßverfahren fortgesetzt in Anwendung zu erhalten und damit seine Kenntniß vor dem Untergange zu bewahren.

Hier interessiren die römischen Gesetzgebungsarbeiten nicht weiter, da sie nur für Römer erlassen ausschließlich römisches Recht schufen. Aber auch die meisten der deutschen Rechtsquellen jener Zeit kommen für die hier darzustellende Rechtsentwicklung nicht in Betracht, da sie für Germanen erlassen nur deutsches Recht zur Geltung bringen. Eine Verbindung von deutschem und römischem Recht enthielten aber die Lex Visigothorum und namentlich das longobardische Recht.

Beide bedürfen daher als erste Erzeugnisse jener beginnenden Verschmelzung einer eingehenderen Berücksichtigung.

---

[1]) Giesebrecht: Geschichte der deutschen Kaiserzeit. Bd. I. S. 86 (5. Aufl.)

Digitized by Google

1. Der Prozeß des westgothischen Gesetzbuchs.[1])

§ 4. Die Lex Visigothorum ist eine in der Mitte des 7. Jahrhunderts, also nach anderthalbhundertjähriger Geltung der Lex Romana Visigothorum veranstaltete systematische Kodifikation des im westgothischen Reiche geltenden Rechtes. Sie sollte nicht nur an die Stelle der sog. Antiqua d. i. eines am Ende des 6. Jahrhunderts für die Gothen erlassenen Gesetzbuches deutschen Inhalts, sondern auch an die Stelle des Breviarium treten und für alle Unterthanen des westgothischen Reiches, selbst für die Kirche, das ausschließlich maßgebende Gesetz sein.

Es kann daher nicht auffallen, daß wir in diesem zu den leges barbarorum gehörigen Werke einem Prozeßrechte begegnen, das mehr römisch als deutsch ist.

Der Prozeß des westgothischen Gesetzbuches nimmt nämlich das Breviarium, welches für den Civilprozeß der Römer des westgothischen Reiches das damals, also vor Justinian in Geltung gewesene römische Recht in sich aufgenommen hatte, zur Grundlage. Es scheidet im Gegensatze zu den germanischen Rechten jener und selbst noch der späteren Zeit[2]) zwischen Civil- und Strafprozeß[3]), die Oeffentlichkeit der Verhandlung hängt von dem Ermessen des Richters ab[4]), jede Partei kann sich durch einen selbstgewählten Bevollmächtigten vertreten lassen, der mit schriftlicher Vollmacht versehen sein muß, und dessen Handlungen als Handlungen des Auftraggebers gelten.

Die Klage wird dem Richter mündlich vorgetragen, der alsdann den Beklagten ladet (bannitio)[5]); beide Parteien haben sich schriftlich zu verpflichten, zur festgesetzten Zeit persönlich oder durch Stellvertreter vor dem Richter zu erscheinen oder eine Conventionalstrafe zu zahlen. Das Nichterscheinen hat aber Rechtsnachtheile in der Sache selbst regelmäßig nicht zur Folge, der Richter kann nur, wenn in einem Streit um Besitz der Beklagte ausbleibt, den Kläger in den Besitz einweisen und dadurch den Beklagten, der rechtmäßigen Besitz behauptet, zur Klage auf Wiedererlangung des Besitzes

[1]) Dahn: Westgothische Studien. Würzburg 1874 S. 243 ff. v. Bethmann-Hollweg IV. S. 237 ff.
[2]) Vgl. Altgerm. Prozeß II. 1 S. 34 dieses Werkes.
[3]) L. Visig II. 1, 14.
[4]) II. 2, 2.
[5]) II. 1, 17.

Digitized by Google

nöthigen. Auch die Bestrafung kann der Ausgebliebene abwenden, wenn er innerhalb bestimmter Frist sein Nichterscheinen durch den Beweis echter Noth entschuldigt.

Erscheinen beide Parteien, so wird mündlich verhandelt. Eine förmliche Litiskontestation findet nicht statt. Das Beweissystem ist durchaus ungermanisch, es wird dem Richter Ermittlung der Wahrheit zur Pflicht gemacht, und von seinem im wesentlichen unbeschränkten Ermessen hängt es ab, den Beweis als geführt oder mißlungen zu betrachten. Unter den Beweismitteln werden Urkunden bevorzugt, Zeugenbeweis ist zulässig, aber es werden über den Inhalt von Rechtsgeschäften nur die von den Parteien zugezogenen Zeugen vernommen, in einer Reihe anderer Fälle ist Zeugenbeweis vorgeschrieben. Die Zeugen werden vereidigt und in Gegenwart der Parteien über das, was sie wahrgenommen haben, vernommen. Der Gegner kann Gegenzeugen stellen, in welchem Falle die größere Glaubwürdigkeit entscheidet. Das Recht der Gegenbeweisführung aber geht dem verloren, der bei der Vernehmung der Zeugen nicht erscheint.

Zweifelhaft ist, wie sich der Richter in Ermangelung eines wirklichen Beweises zu verhalten habe, es scheint indeß, als ob es in seiner Hand gelegen hätte, von der einen oder der anderen Partei die Beeidigung ihrer Behauptungen zu verlangen.

Das Urtheil wird vom Richter schriftlich abgefaßt und den Parteien mitgetheilt.

Die dagegen zugelassenen Rechtsmittel können ihren germanischen Ursprung nicht verleugnen, denn sie enthalten einen gegen die Person des Richters erhobenen Vorwurf. Namentlich kann eine jede Partei, ohne Beweis zu erbringen, den Richter für verdächtig erklären. Der Erfolg dieser Erklärung ist der, daß der Prozeß noch einmal unter Mitwirkung des Bischofs verhandelt wird. Gegen das alsdann erlassene Urtheil steht die Berufung an den König offen. Aendert dieser das angefochtene Urtheil ab, so verfällt der Richter, bestätigt er es, so verfällt die anfechtende Partei in eine Strafe. Ein ungerechtes Urtheil kann selbst nach der Vollstreckung noch angefochten werden. Selbst in diesem Falle treffen den Richter Nachtheile, die er nur auf Grund besonderer Beweisführung von sich abwenden kann.

[1]) II 4, 5.

Digitized by Google

Auch die Gerichtsverfassung der Westgothen wich ab von der anderer germanischer Stämme. Denn es entschied über die Rechtsstreitigkeiten nicht die Gesammtheit oder ein Ausschuß der freien Gemeindemitglieder, sondern ein vom Könige ernannter Richter. Uebrigens konnten die Parteien ihren Streit durch einen selbstgewählten Richter entscheiden lassen.

Was an diesem Gemisch römischer und deutscher Rechtsgedanken besonders auffallen muß, ist die Erscheinung, daß ihm das charakteristische germanische Beweissystem und die altdeutsche Gerichtsverfassung fehlt. Da die Vorstellung, daß die Gothen diese Einrichtungen nie gekannt hätten, von vornherein abgelehnt werden muß, so kann nur angenommen werden, daß zu der Zeit, als das Gesetzbuch erlassen wurde, die Widerstandskraft der Gothen gegen die überlegene Kultur der Römer bereits gebrochen war. Zeigt doch auch die Tendenz der Kodifikation, daß die Herrscher der Westgothen eine Verschmelzung beider Nationen herbeiführen wollten. Da nun zur Zeit der Entstehung des Gesetzbuches die Kirche eine bedeutende Macht im westgothischen Reiche besaß, so dürfte die Erklärung dafür, daß die Gothen gerade diejenigen Rechtseinrichtungen aufgaben, welche die Selbständigkeit des freien Mannes gegenüber der Autorität verbürgten, gegeben sein.

2. Der Prozeß des longobardischen Rechts.

§ 5. Von allen germanischen Stämmen, welche römische Provinzen eroberten, ließen die Longobarden den vorgefundenen römischen Staatseinrichtungen am wenigsten Schonung angedeihen.[1]) Nur die Städte, in welche sich die Römer flüchteten und wohin ihnen die Germanen nur ungern folgten, bewahrten ihre alte freie Municipalverfassung. Die Folge war, daß die Longobarden in dem Kernlande alter römischer Kultur ihre Nationalität und ihr Recht am längsten, nämlich bis ins 13. Jahrhundert hinein bewahrten und daß die Städte ihre alte Kultur erhielten und zu anderwärts nicht bekannter Selbständigkeit gelangten.

[1]) Nitzsch: Geschichte des deutschen Volkes. Bd. I. S. 189 (2. Aufl. 1892). v. Savigny: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. I. S. 348 ff.

Digitized by Google

Das Recht der Longobarden wurde auf Grund königlicher Verordnungen und unter Mitwirkung der Stammesversammlung allmählich in einem liber edictus genannten Gesetzbuche aufgezeichnet. In diesem edictus sind enthalten Gesetze der Könige Rothari von 643, Liutprand von 713 bis 735, ferner kleinere Gesetze von Grimowald, Ratchis und Aistulf aus derselben Zeit.

Hierzu kamen, als im Jahre 774 das Longobardenreich ein Theil des fränkischen Reiches wurde, die Capitularien der fränkischen Könige.

Schon jene im edictus zusammengefaßten Gesetze lassen die Longobarden als das gebildetste derjenigen germanischen Völker erscheinen, welche in jener Periode ihr Recht aufzeichneten. Dieses Recht wurde überdies seit dem Beginne des 11. Jahrhunderts der Gegenstand eifrigen Studiums, hauptsächlich auf der Rechtsschule zu Pavia. Eigens zum Zwecke des Unterrichtes wurde zwischen 1019 und 1054 eine chronologische Sammlung der Edikte und Capitularien mit Glossen und prozessualischen Formeln unter dem Namen liber Papiensis abgefaßt. Um das Jahr 1070 entstand sodann in der Expositio ein für die Praxis gearbeiteter Gesetzeskommentar, der auch auf justinianisches Recht eingeht. Endlich entstand vermuthlich noch am Ende des 11. Jahrhunderts eine systematische Bearbeitung des liber Papiensis in drei Büchern, die sog. Lombarda. Dieses Werk rief eine größere Anzahl anderer Bearbeitungen, Glossen, Summen und Kommentare hervor.

Jene älteren Gesetzeswerke enthalten noch rein deutsches Recht. Es konnte aber nicht fehlen, daß die fortwährende Berührung der Longobarden mit den Römern den ersteren das Verständniß für römisches Recht eröffnete und daß auf den Schulen römisches Recht berücksichtigt wurde. Durch die Schulen aber brachen sich romanistische Anschauungen auch in der Praxis Bahn. Wie weit das im Prozeßrecht geschehen ist, darüber geben namentlich zahlreiche Urkunden über Prozeßverhandlungen Aufschluß. Da es besonders lehrreich und interessant ist, zu sehen, welche Stellen des germanischen Prozesses dem Uebertreten römischen Einflusses zuerst nachgegeben haben, soll eine kurze Darstellung des longobardischen Prozesses der späteren Zeit d. h. etwa des 11. Jahrhunderts gegeben werden.

Digitized by Google

3. Gerichtsverfassung und Prozeß der Longobarden.

§ 6. Wie schon hervorgehoben (Bd. II. Heft 1 S. 9), war der Gerichtsverfassung der Longobarden die strenge Scheidung der befehlenden und der urtheilenden Thätigkeit des Gerichts fremd. In zahlreichen Fällen entschied ein Einzelrichter, der die Verhandlung leitete und das Urtheil fand; aber auch wenn eine Mehrheit von Urtheilern thätig wurde, beschränkte sich der Vorsitzende nicht auf die Leitung der Verhandlung, sondern betheiligte sich an der Urtheilsfindung.[1])

Auch als Karl der Große in dem unterworfenen longobardischen Königreiche die fränkische Gerichtsverfassung einführte, wurde die Funktion des scabinus nicht mit derselben Strenge von der des Vorsitzenden getrennt, wie dies dem fränkischen Rechte eigenthümlich war. Oft zieht der höhere Richter den ihm untergeordneten zum Beisitz und zur Unterstützung im Vorsitz zur Verhandlung mit zu, oft aber erscheint ein Schöffe als Stellvertreter des Gerichtsherrn im Vorsitz. Die Urtheiler sind nämlich nicht Volksrichter, sondern vom Könige auf Lebenszeit ernannte Beamte, deren Beruf im Urtheilen besteht; und zwar war der Beruf ein gelehrter geworden. Das longobardische Recht war aufgezeichnet, und was zu diesem als Rechtsquelle neu hinzutrat, waren die Capitularien der fränkischen und später die Gesetze der deutschen Könige. Das Wissen der Urtheiler beruhte daher nicht, wie in Deutschland, auf ihrer Rechtsüberzeugung, sondern auf der durch Studium erworbenen Kenntniß der geschriebenen Quellen, so daß es nicht auffallen darf, daß longobardische Schöffen ihr Gesetzbuch in die Sitzung mitbrachten und dort erklärten: Ego non judico nisi quod scriptum in manibus teneo[2]). Der berühmt gewordene königliche Schöffenstuhl zu Pavia stand denn auch in engster Beziehung zu der Ende des 10. oder Anfang des

---

[1]) So jetzt die herrschende Meinung, vertreten insbesondere durch v. Bethmann-Hollweg: Ursprung der lombard. Städtefreiheit 1846 S. 68 bis 73. Derselbe: Civilpr. d. gem. Rechts IV. S. 356—360. Ficker: Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens III. (Innsbruck 1872) S. 181—196. Pertile storia del diritto ital. VI. 20 bis 25. Skedl: Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtl. Entwicklung 1886 S. 14ff. Schmidt: Die Klageänderung 1888.

[2]) v. Bethmann-Hollweg V. S. 236 Anm. 36.

Digitized by Google

11. Jahrhunderts in Pavia entstandenen longobardischen Rechtsschule.

Das Verfahren in den longobardischen Gerichten war zwar in seinen Grundzügen durchaus germanisch, es zeigt aber so viele Abweichungen von dem fränkisch-deutschen Prozeß, daß über das Wirken fremden Einflusses kein Zweifel bestehen kann.

Die Ladung konnte im Wege der mannitio wie der bannitio erfolgen, die letztere aber trat mit der Zeit so völlig an Stelle der ersteren, daß sie im 11. Jahrhundert als die einzige Ladungsform erscheint.[1]) Bei der Ladung (die der Gerichtsbote mündlich oder schriftlich bestellt) wird dem Beklagten die Klage mitgetheilt, deren Gegenstand der Kläger mündlich vor dem Richter angegeben hatte. Sind in dem Termine beide Theile erschienen, so beginnt die (mündliche) Verhandlung durch förmliche Erhebung der Klage. Sie ist eine bloße Rechtsbehauptung unter Hervorhebung des vom Kläger gerügten, ihm vom Gegner zugefügten Unrechts, und die Antwort des Beklagten entspricht dieser Form der Klageerhebung[2]). Aber schon früh greift die Gewohnheit Platz, daß die redende Partei sich nicht unmittelbar an ihren Gegner, sondern an den Richter oder an einen der Beisitzer wendet, daß dieser alsdann die Parteibehauptung formulirt und sich fragend an die andere Partei wendet, was sie zu erklären habe, eine Gewohnheit, die auf der einen Seite die Parteien der Schwierigkeit überhob, ihren Behauptungen die erforderliche Form selbst zu geben, auf der anderen Seite aber dazu führte, daß der Richter zur Ergänzung und Aufklärung der formlosen Parteibehauptung selbst Fragen stellte[3]).

Gab der Beklagte ein Geständniß ab, so bedurfte es — jedenfalls in späterer Zeit — noch des richterlichen Urtheils und des Bannbefehles des Richters, den Kläger zu befriedigen[4]). Dieser erlangte damit eine unanfechtbare Feststellung und einen vollstreckbaren Titel für sein Recht, Umstände, die dazu führten, daß auf Feststellung bisher nicht bestrittener Rechtsverhältnisse und Rechtszustände geklagt[5])

[1]) v. Bethmann-H. V. 335, 336. Pertile p. 507.
[2]) Form. Roth. 32, 33. v. Bethm.-H. V. 336. Pertile p. 549.
[3]) S. namentlich Pertile p. 550 nota 5.
[4]) v. Bethmann-Hollweg IV. 378. V. 339, 340. Ficker I. S. 25 ff.
[5]) Ficker I. S. 37 ff.

Digitized by Google

und die Form des Prozesses für einen Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit verwendet wurde[1]).

Wenn der Beklagte keine prozeßhindernde Einrede vorbrachte, dem Anspruche des Klägers aber widersprach, so kam es ursprünglich zu einem Beweisurtheile. Später, sicher seit Einrichtung der Rechtsschule von Pavia, also ungefähr seit der Mitte des 11. Jahrhunderts, wird ein förmliches Beweisurtheil nicht mehr erlassen, vielmehr die von der Partei etwa angebotene Beweisführung zugelassen oder der für erforderlich erachtete Beweis einfach angeordnet[2]).

Die beweispflichtige Partei hatte unter Bürgenstellung das feierliche Versprechen zu geben (wadia), daß sie innerhalb bestimmter Frist den Beweis führen, die andere Partei, daß sie im Beweistermine erscheinen und die Beweisführung entgegennehmen werde. Nichteinhaltung des klägerischen Versprechens bewirkte den Prozeßverlust, ursprünglich nur als Folge der Nichterfüllung einer Prozeßpflicht, später als Folge eines vom Kläger ausdrücklich erklärten Verzichtes auf das Klagerecht, endlich ohne Rücksicht auf einen solchen Verzicht als einfache Folge der festgestellten Unbeweisbarkeit der klägerischen Rechtsbehauptung. So gelangte man allmählich und auf Umwegen zur Anerkennung des Prinzips: Actore non probante reus absolvitur[3]).

Das Beweisrecht der Longobarden ist das germanische, d. h. es kommt zum Beweise derjenige, welcher die die gegnerische entkräftende Behauptung aufstellt[4]), das ist in den weitaus zahlreichsten Fällen, namentlich bei den einfachen Schuldklagen und den einfachen Klagen um Gut der Beklagte. Gerade hier aber machte sich wesentlich unter Vermittlung der Rechtsschule von Pavia der Einfluß des römischen Rechtes geltend. Ihm folgend stellte das Gericht regelmäßig zuerst an den Kläger die Frage, ob er beweisen könne, wandte indessen den Grundsatz actore non probante reus absolvitur nicht an, sondern verlangte, auch wenn der Kläger nicht beweisen konnte, noch die eidliche Erhärtung der Gegenbehauptung Seitens des Beklagten[5]). Auch in Bezug auf die Anwendung der einzelnen Beweismittel be-

[1]) Vgl. Allgemeinen Theil Bd. I. § 4 S. 6.
[2]) v. Bethmann-Hollweg V. 340. Pertile VI. 646 s. q.
[3]) Schmidt Klageänderung S. 11 ff.
[4]) S. mittelalterlich-deutschen Prozeß II 1 § 40 S. 52, 53.
[5]) v. Bethmann-Hollweg V. S. 342 ff. Pertile VI. p. 322 sq.

Digitized by Google

thätigt sich die Kenntniß des römischen Rechts. Darauf ist die Vermehrung der Anwendungsfälle des Zeugenbeweises und die damit Hand in Hand gehende Einschränkung des Eineides zurückzuführen [1]). Die Zeugen, deren gewöhnlich drei verlangt werden, müssen im Beweistermine dem Gericht vorgestellt werden, worauf sie einzeln nach den ihnen bekannten Thatsachen gefragt und alsdann vereidigt werden. Widersprechen ihre Aussagen einander, so erbringen sie keinen Beweis, und wenn Gegenzeugen gestellt werden, die jenen widersprechen, so entscheidet der Zweikampf. Man prüfte also zwar das Wissen der Zeugen und verglich den Inhalt ihrer Aussagen, beweisend aber wirkte nicht das Gewicht der einzelnen Aussage, sondern die Thatsache ihrer Uebereinstimmung.

Der Urkundenbeweis mußte mit der Entwicklung des Verkehrs, insbesondere des Handels an Bedeutung gewinnen und trug dazu bei, den Eidesbeweis einzuschränken. Dieser letztere ist auch bei den Longobarden durchaus germanisch. Er wird regelmäßig mit Helfern geführt, in der Weise, daß, nachdem der Gegner des Beweisführers den Gefährdeeid (de asto) geleistet, der Beweisführer den Beweiseid, dessen Inhalt regelmäßig eine Rechtsbehauptung, also ein Urtheil ist, schwört, während die Helfer schwören, daß der Eid der Partei wahr sei. Auch das Gottesurtheil war in Gebrauch, es verschwand aber früher als in Deutschland aus dem Rechtsleben [2]).

Die Findung und Verkündung des Urtheils vollzog sich nach germanischem Brauche mit der allerdings wesentlichen Abweichung, daß auch in einem Kollegialgericht der Vorsitzende an der Urtheilsfindung theil nahm.

Auf Verlangen der obsiegenden Partei wird das Urtheil nebst dem ihm vorangegangenen Verfahren von dem Gerichtsschreiber beurkundet und von den Schöffen unterschrieben (notitia).

Anders aber als sonst bei den germanischen Völkern war das gegen das Urtheil zugelassene Rechtsmittel gestaltet [3]). Denn da bei den Longobarden Richter und Ur-

---

[1]) Zorn: Das Beweisverfahren nach longobardischem Recht 1872 S. 28—30, 51.

[2]) Zorn a. a. O. S. 39 ff.

[3]) S. darüber Skedl: Nichtigkeitsbeschwerde S. 17 ff.

Digitized by Google

theiler nicht verschiedene Personen, die Gerichte nicht Volksgerichte, sondern obrigkeitliche Behörden waren, so war für die germanische Urtheilsschelte kein Raum [1]). Wie diese letztere einen neuen Rechtsstreit zwischen dem Schelter und dem Urtheilsfinder hervorrief, konnte das longobardische Rechtsmittel gleich der römisch-rechtlichen Appellation nur zu einer Fortsetzung des alten Prozesses unter den bisherigen Prozeßparteien vor einem übergeordneten Richter führen. Dieser letztere hatte das Urtheil und das Verfahren des Unterrichters einer Nachprüfung zu unterziehen, die Parteien verhandelten vor ihm mündlich, wiederholten ihre Anträge und Beweise und empfingen ein neues Urtheil.

Die Exekution [2]) war durchaus germanisch: ein Urtheilserfüllungsgelöbniß ging dem Urtheil voran oder folgte ihm nach. Grundlage der Vollstreckung war dann nicht das Urtheil, sondern das mit einem Vollstreckungsbefehl des Richters ausgestattete Parteiversprechen. Konnte der Verurtheilte nicht sofort erfüllen, so hatte er durch Bürgenstellung Sicherheit zu leisten; war er zur Besitzübertragung verurtheilt, so führte der Richter den Kläger in den Besitz ein. Widerstreben des Schuldners führte zur Pfändung, ursprünglich des gesammten Vermögens, später einzelner Vermögensgegenstände. Die Schuldknechtschaft verlor sich etwa im 11. Jahrhundert. Anordnung und Durchführung der Exekution wird mehr und mehr Sache des Richters, ebenso wie das ausgedehnte Recht, ohne vorausgegangenes Urtheil eigenmächtig zu pfänden, dem wachsenden Verlangen nach Rechtssicherheit weichen mußte. In der hier behandelten Periode des longobardischen Rechtes ließ man dieses Recht an sich zwar bestehen, verlangte aber von dem Pfändenden, daß er seine Maßnahmen sofort vor Gericht rechtfertige [3]), selbst dann wenn der Gläubiger durch Uebereinkunft mit dem Schuldner für den Fall der Nichtbefriedigung das Recht der Pfändung eingeräumt erhalten hatte.

Unverkennbare Einwirkung des römischen Rechts zeigt das Contumacialverfahren [4]). Die fränkisch-karolingische Be-

---

[1]) S. über diese den mittelalterl. deutschen Prozeß II. 1 § 56.
[2]) v. Bethmann-H. V. S. 384, 385. Pertile VI. p. 818 sq.
[3]) Wach: der italienische Arrestprozeß 1868 S. 1, 33, 35, 37.
[4]) Ficker: Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens Bd. I. S. 29—37.

Digitized by Google

schlagnahme des gesammten Vermögens des ausgebliebenen Beklagten kam nur bei Criminal- und Civilklagen wegen Verbrechen vor [1]). Hatte der Kläger aber eine Klage um unbewegliches Gut erhoben und vor Gericht die wiederholte vergebliche Ladung des Beklagten nachgewiesen, so wurde der Kläger auf seinen Antrag vom Richter in den Besitz eingewiesen, dem Beklagten aber das Recht auf Wiedererlangung des Gutes vorbehalten, wie es im gleichen Falle die l. 8 § 3 C. de praescr. (7, 39) vorschrieb. Der Vorbehalt erlosch — von Fällen echter Noth abgesehen — und der Kläger erhielt das streitige Grundstück endgiltig, wenn ein Jahr seit der ersten Einweisung verflossen war, ohne daß der Beklagte sich zur Vertheidigung seines Rechtes bereit erklärt hatte. Handelt es sich um eine Schuldklage, so ist beim Ausbleiben des Beklagten sofortige Pfändung zugelassen. Erst wenn dieselbe Partei in einem ferneren oder im Beweistermine ausbleibt, verliert sie den Prozeß.

Mit dieser Darstellung des späteren longobardischen Prozesses, der trotz aller römischen Einflüsse doch immer noch die wesentlichen Grundlagen des germanischen Prozesses bewahrt hat, ist ein vollständiges Bild des Verschmelzungsprozesses noch nicht gegeben. Es bedarf noch eines Blickes auf den römischen Prozeß Italiens, um zu zeigen, daß auch dieses technisch besser durchgebildete Recht nicht frei von germanischem Einflusse geblieben ist.

4. Der römische Civilprozeß des 11. Jahrhunderts. [2])

§ 7. In denjenigen Gebieten Italiens, welche nicht von den Longobarden besetzt waren, d. h. in Romanien und in denjenigen Gerichten, welche auch in longobardischen Rechtsgebieten römisches Recht zur Anwendung zu bringen hatten, war das justinianische Prozeßrecht bestehen geblieben. Die Bewohner dieser Gebiete waren aber seit Jahrhunderten mit Germanen in die engste Berührung getreten, sie waren schließlich sogar unter fränkische Herrschaft gerathen, sie hatten in zahlreichen Prozessen longobardisches Recht anzuwenden, kein Wunder also, daß der justinianische Prozeß eine Reihe

[1]) Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß 1893 S. 58.

[2]) Ficker: Forschungen ꝛc. I. S. 52 ff. III. S. 377 ff. v. Bethmann-H. V. S. 393.

Digitized by Google

germanischer Rechtsideen in sich aufgenommen und daß der Gerichtsgebrauch römisches und germanisches Recht zu einem Ganzen verarbeitet hatte. Ueber dieses Verfahren geben zahlreiche Urkunden Aufschluß [1]).

Nach diesen Urkunden trägt der Kläger dem Richter die Klage zuerst mündlich vor, um die Ladung des Beklagten zu veranlassen. Der Richter ladet hierauf den Beklagten durch Boten zur Verhandlung vor. In dieser erhebt der Kläger mündlich die Klage (proclamatio) in Form einer Beschuldigung, der Beklagte antwortet. Nach diesem Akte der Litiskontestation leisten beide Parteien Sicherheit für gehörige Fortsetzung des Prozesses, und der Kläger oder sein Advokat leistet einen Eid, der in den Urkunden calumniae sacramentum genannt wird und durch den der Kläger betheuert, daß er die Klage nicht aus Chikane erhoben habe.

Widerspricht der Beklagte dem Klagevorwurf und bedarf es eines Beweises, so wird regelmäßig die Partei, die sich zum Beweise erbietet, aufgefordert, den Beweis zu führen; andernfalls stellt der Richter an die beweispflichtige Partei die Frage, ob sie beweisen könne; übrigens wird auch eines förmlichen Beweisurtheils Erwähnung gethan. Dem römischen Beweisrecht entsprechend wird die Frage zuerst an den Kläger gerichtet; führt er den verlangten Beweis, und führt der Beklagte, was nach römischem und auch nach longobardischem Rechte zulässig war, nicht den Gegenbeweis, so wird der Beklagte verurtheilt. Dem germanischen Rechte entsprechend genügt aber die Beweisfälligkeit des Klägers nicht zur Freisprechung des Beklagten, vielmehr bedarf es in diesem Falle noch des vom Beklagten zu leistenden Reinigungseides.

Zeugenbeweis kann nach longobardischer Weise nur durch drei Zeugen geführt werden. Die Zeugen werden im Beweistermin vorgestellt und, wenn der Gegner gegen sie Einwendungen nicht erhebt, einzeln und eidlich vernommen. Geführt ist der Beweis nur, wenn die Aussagen der Zeugen übereinstimmen und nicht etwa Gegenbeweis an-

---

[1]) Fantuzzi: Monumenti Ravennati vol. 1—6. Venezia 1801—4. Viele Urkunden finden sich bei Ficker Bd. IV.; bei Pertile in den Anmerkungen vol. VI. und bei Bethmann-Hollweg Bd. V.

Digitized by Google

getreten und geführt wird. In diesem letzteren Falle entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung. Widersprechen sich aber die Aussagen der von der beweisführenden Partei benannten Zeugen, so bedarf es nicht erst eines Gegenbeweises, vielmehr erfolgt nach germanischem Brauche Verwerfung aller Zeugen und damit des angetretenen Beweises.

Der Urkundenbeweis tritt an Bedeutung hinter den Zeugenbeweis zurück; die Echtheit der vorgelegten Urkunde wird nach römischem Brauch durch Schriftvergleichung bewiesen.

Eigenthümlich gestaltet ist der Eidesbeweis. Weder kommt der zugeschobene noch der vom Richter auferlegte Eid vor. Vielmehr ist der longobardische Reinigungseid in das romanische Recht übergegangen, jedoch in der Weise, daß der Beklagte den Eid zu leisten hat, wenn der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht führen kann [1]). Man kann hierin aber nicht eine vollständige Verleugnung des Grundsatzes: actore non probante reus absolvitur erblicken, denn dem Eide des Beklagten ging ein Eid des Klägers voran, durch welchen, wenngleich in Form eines Urtheils, die Klage für eine begründete erklärt wurde. Wenngleich dieser Eid ein Beweiseid nicht war, so konnte er doch auch dann, wenn dem Kläger die Führung des Beweises mißlang, nicht ganz unbeachtet gelassen werden: es bedurfte vielmehr des vom Beklagten zu leistenden Eides, daß er ungerecht belangt sei, um den Eid des Klägers zu beseitigen.

Das Urtheil, nach germanischem Brauche von den Beisitzern gefunden und vom Vorsitzenden verkündet [2]), entscheidet nicht blos, welche Partei Recht habe, sondern bestimmt auch, was nunmehr geschehen soll. Lautet es absolutorisch, so bezeichnet es in römischer Weise die actio des Klägers als nicht bestehend. Auf Anordnung des Vorsitzenden wird das Urtheil vom Gerichtsschreiber beurkundet und von den Gerichtspersonen und Zeugen unterschrieben. Ueber die gegen das Urtheil zulässigen Rechtsmittel ist sicheres nicht bekannt.

Die Exekution geschieht unter gleichzeitiger Sicherung

---

[1]) Auch Kleinfeller: Die geschichtliche Entwicklung des Thatsacheneides 1891 S. 34.

[2]) Ficker: Ueber die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus. Sep. Abdr. aus den Wiener Sitzungs-Berichten Bd. 67 Seite 35.

Digitized by Google

ihres Erfolges. Ein Urtheilserfüllungsverſprechen kommt nicht vor.

Das Verfahren im Falle Nichterſcheinens des Beklagten ſtimmt mit dem oben beſchriebenen longobardiſchem Verfahren überein, denn das letztere gründete ſich auf römiſches Recht. Dagegen bezeugen mehrere Urkunden [1]), daß bei Klagen um Grundeigenthum die endgiltige Einweiſung des Klägers in den Beſitz auch vor Ablauf eines Jahres zuläſſig war, wenn der Beklagte trotz wiederholter Ladung nicht erſchien. Zuweilen wurde vom anweſenden Kläger nach römiſchem Brauche der Beweis ſeines Rechtes verlangt. Handelte es ſich um eine Schuldklage, ſo kam dieſer römiſche Grundſatz ſtets zur Anwendung, und erſt wenn der Kläger ſeine Forderung bewieſen hatte, wurde er einſtweilen in den Beſitz eines Theiles der Güter des Beklagten eingewieſen, eine Maßregel, die bei fortgeſetzter Kontumaz des Beklagten endgiltig vorgenommen wurde.

[1]) Bei v. Bethmann-Hollweg VI. S. 429 Note 8.

Digitized by Google

II. Abschnitt.

Zunehmender Einfluß des römischen Rechts.

§ 8. Es ist schwer, in diesem Nebeneinander römischer und germanischer Rechtsgrundsätze, wie sie das romanische Verfahren aufweist, noch die Spuren des römischen Civilprozesses wiederzuerkennen, und auch das longobardische Verfahren hatte so viel des Fremden aufgenommen, daß sogar charakteristische Eigenheiten des germanischen Prozesses verloren gingen. Der Verschmelzungsprozeß sollte aber, wie er zu Gunsten des romanischen Volksthums erfolgte, so auch zu Gunsten des römischen Prozeßrechts weiter fortschreiten. Der Anstoß dazu ging aus von den Rechtsschulen.

Nach einer Mittheilung des (im Jahre 1265 verstorbenen) Bologneser Rechtslehrers Odofredus [1]) hat das Studium des römischen Rechts zuerst in Rom, dann in Ravenna und zuletzt in Bologna seinen Hauptsitz gehabt. Mit diesem Berichte, an dessen Glaubwürdigkeit zu zweifeln kein Grund vorhanden ist, stimmen die Ergebnisse der Forschungen neuerer Gelehrten [2]) überein, nach denen das römische Recht zu allen Zeiten des Mittelalters nicht blos in praktischer Geltung gestanden hat, sondern auch wissenschaftlich behandelt und bearbeitet worden ist. In den Klosterschulen und den zahlreichen privaten Schulen wurde das Recht als ein Zweig der Rhetorik und damit als ein Gegenstand der allgemeinen Bildung ge-

[1]) Savigny: Geschichte III. § 158 IV. § 2 N. a. Fitting: die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna 1888 S. 12.

[2]) Vor allem von Savigny, dann von Ficker, Fitting und Conrat.

Digitized by Google

lehrt. Besondere Rechtsschulen aber bestanden zuerst in Rom wohl bis in das 11. Jahrhundert hinein, und vollkommen sicher ist, daß im 11. Jahrhundert in Ravenna eine angesehene Rechtsschule bestand. In beiden Schulen wurde römisches Recht gelehrt. Schon im Anfange des 11. Jahrhunderts aber blühte die wiederholt erwähnte Rechtsschule von Pavia, deren Hauptaufgabe zwar in der Behandlung des longobardischen Rechtes bestand, auf der daneben aber auch das römische Recht gepflegt wurde.

So wurde unablässig für Verbreitung der Kenntniß römischen Rechts gesorgt; mit der wachsenden Kenntniß aber mußte die Achtung vor seinem wissenschaftlichen Werthe und das Streben, ihm in der Rechtsanwendung erhöhte Geltung zu verschaffen, wachsen. Diesem Streben verdankt eine Reihe literarischer Erzeugnisse ihre Entstehung; unter ihnen befinden sich mehrere für die Entwicklung des Prozeßrechts bedeutsame Werke.

Zu den letzteren gehören die sog. fingirten Constitutionen Justinians [1]), zwei Privatarbeiten eines unbekannten Verfassers etwa aus der Mitte des 11. Jahrhunderts. Die eine der Arbeiten lehnt sich an die Institutionen Justinians und an die Epitome Juliani an und enthält für die verschiedenen actiones Klagformeln, am Schluß auch einen libellus responsionis. Die zweite, für die Geschichte des Prozeßrechts ungleich wichtigere und hier im folgenden erörterte Constitution behandelt den Rechtsgang vor einem römischen Gericht bis zum juramentum calumniae und bezweckt eine Darstellung des justinianischen Prozesses. Die Form von justinianischen Gesetzen hat der Verfasser offenbar in der Absicht gewählt, seiner Darstellung den Schein einer für die römischen Gerichte maßgebenden Autorität zu geben.

§ 9. Diese fingirten Constitutionen [2]) behandeln ausschließlich die Einleitung des Prozesses und das Versäumnißverfahren. Nachdem mitgetheilt worden (§ 1), daß zur Verhandlung vor einem romanischen Gericht (Romanum placitum) Richter, Gerichtsschreiber (acceptor litis), Par-

---

[1]) v. Bethmann-Hollweg V. 434 ff. Conrat: Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts 1891 I. S. 583 ff. Fitting: Gualcausus S. 16, 17, 64—74.

[2]) Abgedruckt bei v. Bethmann-Hollweg V. S 435—440.

Digitized by Google

teien (in der römischen Bezeichnung actor-reus), Fürsprecher (patroni causarum), Gerichtsdiener (der die Ladung besorgt) und ein Vollstreckungsbeamter (executor) gehören und als Amt des Gerichtsschreibers die Aufnahme nur dessen, quae sint digna accipi, dagegen die Weglassung quae sint digna sperni bezeichnet ist, wird das Verfahren beschrieben. Der Kläger übergiebt dem Richter eine eigenhändig oder von einem Tabularius unterschriebene Klageschrift, welche nur die Ankündigung der zu erhebenden Klage enthält. Die Klageschrift wird dem Beklagten durch den Gerichtsdiener zugleich mit der vom Richter ausgesprochenen Ladung (admonitio, de querela actoris audire) zugestellt, der Beklagte beurkundet diesen Akt und kündigt dabei an, entweder daß er in der Sache selbst verhandeln oder daß er die Einlassung aus prozessualischen Gründen verweigern werde. Die Verhandlung selbst erfolgt erst nach Ablauf von zwanzig Tagen, aber nicht vor Ablauf von zwei Monaten seit der Klagezustellung; in ihr erfolgt die Begründung der angekündigten Klage durch den Kläger und die Erklärung des Beklagten, daß und warum er ihr widerspreche; sie wird ausdrücklich als Litiskontestation bezeichnet (§ 7). Mit großer Ausführlichkeit wird dabei auseinandergesetzt, daß der Kläger bei Einreichung der Klageschrift, der Beklagte vor der Litiskontestation Sicherheit für gehörige Fortsetzung des Prozesses zu leisten habe. Nach der Litiskontestation leisten die Parteien einen Eid, daß sie Niemand bestochen haben, der Richter, daß er nach Gesetz und bestem Wissen urtheilen werde, worauf die Parteien den allgemeinen Gefährdeeid leisten. (§§ 10—12).

Setzt der Kläger sei es vor, sei es nach der Litiskontestation den Prozeß nicht fort, so wird er auf Antrag des Beklagten drei mal geladen; erscheint er alsdann innerhalb Jahresfrist zur Fortsetzung des Prozesses, so hat er zuvörderst dem Beklagten die Kosten zu erstatten, widrigenfalls er seines Anspruchs verlustig geht (careat actionibus suis). Erscheint er binnen Jahresfrist nicht, so findet eine einseitige Verhandlung statt. Auch die Versäumniß des Beklagten hat die Folgen, die das justinianische Recht festsetzt.

§ 10. Interessanter und werthvoller ist der sog. Brachylogus, ein dem Institutionensystem folgendes kurzgefaßtes Lehrbuch des römischen Rechts [1]). In seinem dem jus

[1]) v. Savigny: Geschichte II. S. 238. v. Bethmann-Hollweg.

Digitized by Google

quod ad actiones pertinet gewidmeten vierten Buche weicht das Werk von seinem Vorbilde insofern ab, als der Aktionenlehre eine Darstellung des Prozeßganges vorangeschickt wird, und diese ist es, welche dem Werke Bedeutung für die Geschichte des Prozeßrechts giebt. Entstanden, wie man jetzt allgemein annimmt, im mittleren Frankreich (nach Fitting in Orleans) am Ende des 11. oder am Anfang des 12. Jahrhunderts, legt es nicht nur Zeugniß ab von der Thatsache, daß man sich theoretisch mit dem römischen Rechte beschäftigte, sondern auch von der Absicht, die Praxis zu beeinflussen.

Als judicium bezeichnet das Werk (IV., 2) [1]) die causae discussio cum certarum personarum interpositione. Es werden dann behandelt die personae, jurisdictio, tempus, locus und die causa. Causa autem est ante eum qui jurisdictioni praeest, agentis et rei controversia (IV 9, 1), also das, was wir Verhandlung, Feststellungsverfahren nennen. Indem es die Prozeßhandlungen scheidet in die der controversia vorangehenden (quae causam praecedunt), die zur Verhandlung selbst gehörenden (quae insunt) und die der Verhandlung nachfolgenden (quae sequuntur), theilt es den Prozeß in drei Abschnitte ein. Der erste Abschnitt wird von dem zweiten durch die Litiskontestation, der zweite von dem dritten durch das Endurtheil geschieden.

Causam praecedit actionis aditio, in jus vocatio, libelli conventio et hoc ordine certo (9, 2). Die erste Prozeßhandlung also ist die actionis editio, d. h. eine private Mittheilung des vom Kläger behaupteten Anspruchs und seiner Gründe zu dem Zwecke, den Gegner zu einer Erklärung darüber zu veranlassen, ob er den Anspruch befriedigen oder bestreiten wolle. In letzterem Falle hat der Kläger die Klage vor dem Richter zu Protokoll zu erklären. Der Richter faßt auf Grund dieser Erklärung den libellus conventionis ab und läßt den Beklagten durch einen apparitor vor Gericht laden (in jus vocatio). Für den libellus c. ist ein Muster mitgetheilt: Metellus judex Jugurthae.

V. S. 323—327. Ficker: Ueber die Zeit u. d. Ort der Entstehung u. s. w. Fitting: Ueber die sog. Turiner Institutionenglosse ꝛc. 1870 S. 39 ff. Derselbe: Ueber die Heimath und das Alter des sog. Brachylogus 1880. Conrat I S. 550 ff.

[1]) Citirt wird nach der Ausgabe von Böcking 1829 (Corpus legum sive Brachylogus juris civilis).

Digitized by Google

Notum sit tibi, Adherbalem questum mihi de te fuisse, quod vitae ejus fueris insidiatus, cujus rei causa te admoneo, ut ad placitum venias eique justitiam facias libellumquae ejus accusationis suscipias [1]). Es ist also ein vom Richter an den Beklagten gerichtetes, die Klage kurz bezeichnendes Schreiben. Vom Tage der Entgegennahme hat der Beklagte eine Frist von zwanzig Tagen, während welcher er den Richter ablehnen, die Zuziehung eines anderen Richters oder des Bischofs verlangen oder den Anspruch des Klägers anerkennen kann. Nimmt der Beklagte den libellus an, so hat er Bürgen zu stellen, dem Exekutor Sporteln zu zahlen und unter Angabe des Datums den libellus conventionis zu unterschreiben. Nach Ablauf der zwanzig Tage sind die Parteien vor dem Richter zu erscheinen verpflichtet. Dann sind die Person der Parteien betreffende Einreden vor der Litiskontestation vorzubringen, vom Beklagten ist die cautio judicatum solvi, vom Kläger cautio se litemusque ad definitivam sententiam executurum, schließlich von beiden Parteien und den Advokaten der allgemeine Gefährdeeid zu leisten.

Hieran schließt sich die Litiskontestation. Lis autem contestata tunc videtur cum utraque parte praesente unus proponit alius contradicit (IV., 13, 1), d. h. der Kläger trägt seine Klage vor und der Beklagte bestreitet aus thatsächlichen oder Rechtsgründen den Klageanspruch. Damit ist die controversia eröffnet. Diese kann nach dem Brachylogus eine dreifache sein, nämlich entweder eine c. facti, wenn der Sachverhalt streitig ist, eine c. juris, wenn der Sachverhalt feststeht, aber das objektive Recht streitig ist, endlich eine c. nominis, wenn es sich nur um die Subsumtion des unstreitigen Sachverhalts unter diesen oder jenen Rechtsbegriff handelt (IV., 14). Für die quaestio facti werden die römischen allgemeinen Grundsätze von der Beweislast aufgestellt, bei der c. juris soll derjenige, qui negat, beweisen, in der c. nominis der, der einen Vortheil aus einer bestimmten Auffassung herleitet.

Als Beweismittel bei einer c. facti werden genannt Zeugen, Urkunden, die sog. consentiens fama, Vermuthungen und Indicien (IV., 15).

---

[1]) Das Muster ist nicht glücklich gewählt, da es eine accusatio und damit den Strafprozeß in die Darstellung hineinzieht (vgl. IV. 9. 1)

Digitized by Google

Der Zeuge soll bei seiner Vernehmung beeidet werden. Beweis liefert nur die übereinstimmende Bekundung zweier Zeugen, die Aussage eines einzigen Zeugen erbringt nur eine Vermuthung. Stimmen die Aussagen mehrerer Zeugen nicht überein, so soll den vornehmeren geglaubt, Zeugen geringeren Standes sollen gefoltert werden.

Eine Urkunde liefert nur dann Beweis, wenn sie von einem Notar und von Zeugen unterschrieben ist. Fehlt die Unterschrift des Notars, so sollen die Zeugen die Echtheit der Urkunde beschwören, sind Notar und Zeugen todt, so tritt Schriftenvergleichung ein.

Die consentiens fama bedeutet Offenkundigkeit (cum factum omnibus patet).

Nach der Beweisaufnahme ergeht das Urtheil, das schriftlich abgefaßt sein und auf eine bestimmte Sache oder Quantität lauten muß. Fehlt dem Urtheil diese Eigenschaft, so ist es nichtig und bedarf keiner besonderen Anfechtung (nec ab ea provocandum est). Erfolgt nicht innerhalb einer zehntägigen Frist die Einlegung der Appellation (provocatio), so ist das Urtheil zu vollstrecken. Die Appellation hat aufschiebende Wirkung.

Die Darstellung des Verfahrens weicht in einzelnen Punkten von den Quellen, denen sich der Brachylogus anschließt, ab[1]), so in der Scheidung eines vom Richter erlassenen libellus conventionis und eines außerdem an den Beklagten zu behändigenden Klaglibells, das wahrscheinlich nur eine Abschrift des vom Richter aufgenommenen Protokolles war, ferner in der Darstellung des Kautionswesens. Ob diese Abweichungen auf Mißverständnissen beruhen, kann hier dahingestellt bleiben, denn es kommt nicht darauf an darzulegen, daß das im Brachylogus beschriebene Verfahren irgendwo in praktischer Uebung gewesen ist, sondern darauf allein, daß man in jener Zeit den römischen Civilprozeß wissenschaftlich behandelt und ihm damit erweiterte Geltung verschafft hat.

[1]) Wieding: Der justinianeische Libellprozeß 1865 S. 719 ff. Conrat a. a. O. S. 558 Anm. 4. Fitting: Ueber die sog. Turiner Just. Gl. S. 77 ff.

Digitized by Google

III. Abschnitt.

Die Bildung des romanisch-kanonischen Prozesses.

1. Die Rechtsschule zu Bologna und die Legisten.

§ 11. Alle die genannten Schulen wurden weit in Schatten gestellt durch die Rechtsschule, die im 12. Jahrhundert in Bologna entstand. Sie ist der Gegenstand so zahlreicher Schriften geworden, ihr Name und ihr Einfluß allen Juristen so wohl bekannt, daß es hier genügen dürfte, die Thatsache ihrer Entstehung und die Ursache ihres Einflusses auf die Weiterbildung des Prozeßrechts kurz in das Gedächtniß zurückzurufen [1]).

Ihre Entstehung war, wie v. Savigny hervorhebt, nicht ein Werk des Zufalls, sie war aber auch nicht die bewußte Schöpfung irgend eines willkürlichen Stiftungsaktes. Wie gezeigt, war das römische Recht auch in Oberitalien immer in Anwendung geblieben, nur den Sinn für seinen wissenschaftlichen Werth hatte man verloren. In dem Maße, als dann der Gedanke, daß das Recht Justinians auch das Recht der römischen Kaiser deutscher Nation sei, lebendiger wurde, mußte sich auch das Ansehen des römischen Rechts in der Praxis steigern. Und als es dann den lombardischen Städten unter dem Schutze der kaiserlichen Herrschaft gelang, sich von den feudalen Mächten freizumachen und zu municipaler Selbständigkeit zu gelangen, als Handel und Ver-

[1]) Unter den Werken, die sich mit dieser Schule besonders beschäftigen, steht obenan das von v. Savigny: die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. III. IV. Außerdem v. Bethmann-Hollweg Bd. VI.

Digitized by Google

kehr wieder zur Blüthe gelangten und jenen Städten und ihrer betriebsamen Bürgerschaft Reichthum, Macht und Ansehen verliehen, da versagte das aus den einfachen Lebensverhältnissen naturwüchsiger Völker hervorgegangene germanische Recht, und es entstand das Bedürfniß nach einem entwickelten Verkehrsrechte. Zwar haben gerade die Statuten der italienischen Städte altes lombardisches Recht bewahrt und im Interesse einfacher und schleuniger Rechtsverfolgung zu Rechtsinstituten entwickelt, was dort nur im Keime vorhanden war, aber den Ansprüchen eines weitverzweigten Handelsverkehres zu genügen, war das in der Weltstadt Rom entwickelte Recht doch ungleich besser geeignet als das lombardisch-fränkische Recht. Es lag daher nichts näher, als daß sich das Interesse in steigendem Maße dem römischen Recht zukehrte, daß man in ihm gefunden zu haben glaubte, was man suchte. Daher tritt uns hier zum ersten Male die Erscheinung entgegen, die in der Geschichte der zweiten Reception des römischen Rechts, in der Geschichte der Verbreitung römischen Rechtes in Deutschland, eine so große Rolle spielt, daß nämlich diejenigen, die das römische Recht lehrten wie diejenigen, die es von jenen gelehrt erhielten, überall zu einflußreichen Stellungen berufen wurden. Endlich aber war es wissenschaftliches Interesse, das in dieser Zeit des Aufblühens von Kunst und Wissenschaft die Gedankenarbeit der römischen Juristen zum Gegenstande eifrigsten theoretischen Studiums machte.

Alle diese Interessen mögen in dem durch Reichthum und Verkehr ausgezeichneten, Ravenna benachbarten und von überwiegend romanischer Bevölkerung bewohnten Bologna besonders stark gewesen sein. In dieser Stadt begann der Grammatiker Irnerius, ein Lombarde, wahrscheinlich schon am Ende des elften Jahrhunderts das römische Recht zu lehren. Nach dem Jahre 1118 ist keine Kunde mehr von ihm erhalten. Schüler von ihm setzten in seinem Geiste die Lehrthätigkeit fort, und es braucht hier nur daran erinnert zu werden, daß die Schule zu Bologna um die Mitte des zwölften Jahrhunderts, zur Zeit „der vier Doktoren", die höchste Blüthe erreichte. Diese vier waren Bulgarus, Martinus, Jacobus und Hugo de Porta Ravennate. Der ersten Generation nach diesen Rechtslehrern gehören an Placentinus († 1192) und Johannes Bassianus, der zweiten Azo († nach 1230) und Hugolinus († nach 1233).

Digitized by Google

Nicht selbständig produktiv thätig, sondern ein Sammler der Arbeiten seiner Vorgänger war Accursius (etwa von 1182—1260). Er ist aber durch diese Sammlung, die glossa ordinaria, in der ihm folgenden unproduktiven Zeit zu größerem Ansehen gelangt als seine Vorgänger. Die wissenschaftliche Thätigkeit dieser Gelehrten bestand in der Feststellung und Erklärung des Textes der römischen Rechtsquellen; ihre Erklärungen hießen glossae, man pflegt sie selbst daher mit dem Namen Glossatoren zu bezeichnen. Sie beschränkten sich aber nicht auf diese kritische und exegetische Thätigkeit, sie und mehr noch ihre Nachfolger, welche die glossa ordinaria selbst wieder zum Gegenstande der Erklärung machten, wandten sich auch der systematischen Behandlung des Rechts zu.

Wie sich von dieser Schule aus die Kenntniß des römischen Rechts verbreitete, wie seine Kenner zu Aemtern und Ehrenstellen gelangten und in ihnen dem römischen Rechte Geltung verschafften, wird unten bei der Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland erörtert werden. Derselbe Vorgang vollzog sich in Italien, nur mit dem Unterschiede, daß hier das römische Recht willige Aufnahme fand. Hier wie dort zog in die Gerichte und in die Gesetze des Landes aber nicht nur das materielle römische Recht, sondern auch der römische Prozeß ein. Das war eine naturnothwendige Erscheinung. Denn den Quellen des römischen Rechts ist die uns heute geläufige, aber nicht überall durchführbare Trennung von Privatrecht und Prozeß fremd. Ein Grenzgebiet beider Disciplinen bildet das sog. Aktionenrecht. Wie dieses ein untrennbarer Bestandtheil des römischen Privatrechts ist, so kann letzteres nirgends verstanden und angewendet werden ohne gleichzeitiges Verständniß und gleichzeitige Anwendung des Aktionenrechts. Dieses aber führt wiederum nothwendig zur Anwendung der römischen Prozeßgrundsätze. Freilich wurde das justinianische Prozeßrecht verbreitet mit allen den Mißverständnissen, die ohne genaue Kenntniß der Geschichte des römischen Prozesses unvermeidlich waren. Schon hierin lag ein Grund, daß der reine römische Prozeß, wie er in den Quellen vorlag, weder gelehrt noch angewendet werden konnte.

Dazu kam, daß die Beschaffung der Quellenwerke in jener Zeit, in der die Vervielfältigung eines Schriftwerkes nur durch Abschreiben erfolgen konnte, selbst für ein Gemein-

Digitized by Google

wesen schwierig, für den Privatmann aber unmöglich war und daß auch die Handhabung eines in umfangreichen Schriften unsystematisch zerstreuten Rechtsstoffes der Praxis mancherlei Verlegenheiten bereiten mußte. Man griff daher in der Praxis nicht zu den Quellenwerken, sondern zu den systematischen Bearbeitungen des Rechts und lehrte auch nach diesen Systemen. So kam es, daß man sich mehr und mehr von der unmittelbaren Anwendung der Rechtsquellen entwöhnte, zum Gegenstande des Studiums und der Anwendung vielmehr die von den Juristen jener Zeit geschriebenen Werke machte, daß also zur Reception nicht das in den Gesetzgebungswerken Justinians niedergelegte römische Recht, sondern die von den Juristen jener Zeit in ihren Werken zum Ausdruck gebrachte Auffassung des römischen Rechts gelangte. Diese Auffassung war eine getrübte, denn die Rechtslehrer jener Zeit waren nicht ausschließlich Theoretiker, sondern waren als Richter, Advokaten, Rathsmitglieder sehr zum Vortheile ihrer unterrichtenden Thätigkeit in der Praxis thätig. Die Rechtsanwendung stand aber in jener Zeit noch stark unter dem Einflusse lombardischer Anschauungen und war auch wohl, unabhängig von römischen Rechtsgedanken, selbst thätig in der Erzeugung unmittelbar praktischen Rechtes. Es kann daher nicht Wunder nehmen, daß die Rechtslehrer und Schriftsteller das römische Recht so auffaßten und weiterverbreiteten, wie es ihren in der Praxis gewonnenen Anschauungen entsprach. Hierin liegt ein zweiter Grund dafür, daß nicht das reine römische Recht zur Geltung kam.

Diese letztere Erscheinung betraf aber vorzugsweise das Prozeßrecht. Dieses war in den Quellen am wenigsten vollständig und am wenigsten systematisch bearbeitet. Was die Digesten davon enthielten, war ohne die Kenntniß des Formularprozesses großentheils schwer verständlich, und im Codex wie in den Novellen waren nur einzelne Fragen des Prozeßrechts durch Specialgesetze entschieden. Das Bedürfniß nach systematischen Darstellungen war daher im Prozeßrecht besonders groß. Die Juristen erkannten dies wohl und widmeten ihre systematischen Bearbeitungen vorzugsweise dem Prozeßrecht.

Dazu kam die Richtung der späteren Glossatoren auf das unmittelbar Praktische. Die Blüthezeit der Schule charakterisirt sich durch verständnißvolles Eingehen auf den

Digitized by Google

Sinn der Quellen, die Vertreter der Schule in dieser Zeit wurden durch die Praxis angeregt und gefördert, aber es lag ihnen fern, der praktischen Anwendung des Rechts anders zu Hilfe zu kommen als dadurch, daß sie das Verständniß für das Recht förderten. Das änderte sich schon in der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts. Die ursprüngliche Kraft der ersten Glossatorenzeit war erloschen, man ging nun daran, das, was sie geleistet, für die unmittelbare Rechtsanwendung zu verwerthen und die Rechtsausübung zu erleichtern. Da jede rechtswissenschaftliche Thätigkeit zu nutzloser Spielerei ausarten muß, wenn sie sich nicht mehr von dem praktischen Zwecke alles Rechtes leiten läßt, so soll diese Richtung hier keineswegs getadelt werden. Tadel verdiente aber die Ausartung der neuen Richtung; man suchte die Praxis schließlich nur noch dadurch zu fördern, daß man ihren Vertretern alles selbständige Denken abnahm und in breiten, geschmacklosen, kasuistischen Darlegungen das bot, was sie unmittelbar anwenden konnten. Dieser rein auf das nützliche gerichtete Sinn findet wohl in den veränderten Zeitumständen seine Erklärung: man hatte sich zu hoher politischer Freiheit hindurchgerungen, die Zeit des Kampfes war vorüber, an ihre Stelle trat eine Zeit, deren Sinn fast ausschließlich auf den Erwerb materieller Güter gerichtet war, eine solche Zeit pflegt aber mit Verachtung auf jede Thätigkeit herabzuschauen, die sich nicht sofort in greifbare Werthe umsetzen läßt.

§ 12. Die Schriften, die vorzugsweise Einfluß gewonnen haben auf die Entwicklung des Prozeßrechts, sollen in nachstehendem angeführt werden.

Schon Irnerius soll eine Abhandlung de natura actionum verfaßt haben[1]), ebenso Henricus de Baila (um 1170); die älteste über diesen Gegenstand erhaltene Schrift ist die von Placentinus verfaßte Summa de varietate actionum[2]), wobei bemerkt werden soll, daß der Ausdruck Summa eine kurze systematische Arbeit bezeichnet. Geringeren wissenschaftlichen Werth nimmt die Schrift arbor actionum von Johannes Bassianus in Anspruch[3]), in welcher z. B. die Eintheilung der Klagen

[1]) v. Savigny IV., S. 64. v. Bethmann-Hollweg VI. S. 19.
[2]) v. Savigny IV., 210, 223. v. Beth.-H. VI. S. 19 ff.
[3]) v. Savigny IV., 298 ff. v. Bethm.-H. VI. S. 24.

Digitized by Google

in prätorische und civile zu Grunde gelegt wird. Diese Werke behandeln zwar das materielle Aktionenrecht, sind aber aus dem oben erörterten Grunde für die Entwicklung des Prozeßrechts schon deshalb wichtig, weil sie in dieser Materie sich vollständig an das römische Recht anschließen. Von unmittelbarem Einflusse auf das Prozeßrecht sind diejenigen Werke gewesen, welche sich mit der Abfassung des Klaglibells beschäftigen. Denn indem sie in Anlehnung an das römische Aktionenrecht Anweisungen gaben, wie die Libelle je nach der in ihnen erhobenen actio abgefaßt werden sollen, wirkten sie umgestaltend auf die abweichende longobardische Praxis. Hier ist zuerst zu nennen die Schrift Summa Quicunque vult von Johannes Bassianus. Sie ist insbesondere deshalb wichtig, weil ihr Verfasser im Gegensatze zu einem anderen Gelehrten (Aldricus), der auf dem Boden der damaligen Praxis stand, die Auffassung vertritt: reus non debet respondere nisi scriptae petitioni et per scripturam debet instrui ad cedendum vel ad contendendum.

Einen ähnlichen Zweck verfolgt der Provenzale Bernardus Dorna mit der Schrift Summula de libellis et eorum compositione (etwa 1203), in der auch Anweisungen über die Abfassung von Urtheilen gegeben werden [1]). Ihr schließt sich an Roffredus Epiphanii oder Beneventanus mit seinem ausschließlich auf praktische Zwecke gerichteten umfangreichen und weitschweifigen Werke de libellis et ordine judicorum (1234 oder 1235). Auch dieses Werk verfolgt den Zweck, möglichst vollständige Anleitung zur Abfassung aller möglichen Klaglibelle zu geben und geht auch auf die Fassung der Positionen ein [2]). Einen Auszug aus diesem Werke giebt Odofredus († 1265) in seinem Werke: Summa de libellis formandis [3]). Hierher gehören ferner Martinus de Fano [4]) († nach 1272) mit dem Werke Formularium super contractibus et libellis und Joannes de Blanosco [5]) mit einem Commentar über den Institutionentitel de actionibus.

Bagarotus [6]) († etwa 1242) schrieb in seinen cavil-

---

[1]) v. Savigny V., 140. v. Bethm.-H. VI., 31 ff.
[2]) v. Savigny V., 163. v. Bethm.-H. VI., 35 ff.
[3]) v. Savigny V., 323. v. Bethm.-H. VI., 49.
[4]) v. Savigny V., 431. v. Bethmann VI., 51.
[5]) v. Savigny V., 438. v. Bethmann VI., 51.
[6]) v. Savigny V., 125. v. Bethmann VI., 57.

Digitized by Google

lationes eine kurze Abhandlung über die dilatorischen Einreden, Ubertus de Bonacurso[1]) in den praeludia causarum über dilatorische und peremptorische Einreden.

Von größerem Einflusse noch waren die Werke, welche das gesammte Prozeßrecht behandelten. Obenan steht das interessante und für die Entwicklung des Prozeßrechts hochbedeutsame kurze Werk des Bulgarus, das als drittes Buch des Werkes de varietate actionum von Placentinus unter der Ueberschrift de judiciis gedruckt worden ist. Es ist vor dem Jahre 1148 verfaßt. Bemerkenswerth ist, daß es von einer schriftlichen Klage nicht spricht, obwohl es für die Anklage das Erforderniß der Schriftlichkeit aufstellt, daß es noch den Grundsatz vertritt, der Richter sei an Beweisregeln nicht gebunden, sondern entscheide nach seiner freien Ueberzeugung, daß es ferner das judicium als eine Verhandlung dreier Personen, des Klägers, des Beklagten und des Richters bezeichnet. Die Begründung des hiernach auch den Richter ergreifenden Prozeßverhältnisses wird durch die Litiskontestation bewirkt, welche ebenso wie das Urtheil novirt. Wie sich schon aus diesen kurzen Mittheilungen ergiebt, fußt das Werk ausschließlich auf den Quellen des römischen Rechts und läßt andere Einflüsse nirgends erkennen.

Nach 1150 entstand ein Werk ähnlichen Charakters, dessen Verfasser nicht bekannt ist, welches unter dem Namen Ulpianus de edendo entdeckt worden ist, Bekanntschaft mit dem Decretum Gratiani verräth und gleichfalls von einer schriftlichen Klage noch nichts weiß.

Die nächste Arbeit dieser Art ist die nach 1181 von Otto Papiensis verfaßte summa de ordine judiciorum[2]). Sie schließt sich an den Gang des Prozesses an, erwähnt Quellen des kanonischen Rechts, nimmt aber weder auf sie noch auf den Gerichtsgebrauch Rücksicht, sondern behandelt nur römisches Recht, findet in diesem aber das Gebot schriftlicher Klagerhebung.

Diese Werke scheinen von den späteren Praktikern selten benutzt worden zu sein, jedenfalls aus dem Grunde, weil sie in kurzen Systemen das Quellenmaterial theoretisch verarbeiten. Ihre Bedeutung liegt denn auch nicht darin, daß sie von dem damals in der Praxis gehandhabten Verfahren

[1]) v. Savigny V., 137. v. Bethmann VI., 58.
[2]) v. Savigny IV., 320. v. Bethmann-H. VI., 70.

Digitized by Google

Zeugniß ablegen, sondern in ihrem wissenschaftlichen Werthe und darin, daß sie zugleich beweisen, daß wissenschaftliche Werke über das Prozeßrecht in jener Zeit ausschließlich römisches Recht zur Grundlage nahmen. Indem sie dieses kurz und systematisch zur Darstellung brachten, wirkten sie mittelbar auf die Reception des römischen Prozesses hin. Denn der Vorschub, den sie der Erkenntniß römischen Rechtes leisteten, verstärkte das Ansehen und damit den Einfluß dieses Rechtes.

Anders ist dies in dem Werke des Pillius: summa de ordine judiciorum [1]), das etwa 1198 geschrieben wurde. Es will der Praxis dienen und nimmt daher auf den Gerichtsgebrauch seiner Zeit Rücksicht, legt von ihm also auch Zeugniß ab, es kann sich aus demselben Grunde dem kanonischen Rechte und der Lombarda nicht entziehen. Albertus Galeottus († etwa 1272) verfaßte eine summula quaestionum, welcher man den Namen Margarita beilegte, ebenso schrieben prozessualische Werke Guido de Suzaria, Jacobus de Arena u. A.

2. Das Recht der Kirche und die Kanonisten [2]).

§ 13. Nach welcher Richtung hin sich der Einfluß der Kirche auf die geschichtliche Entwicklung des Rechtes überhaupt und des Prozeßrechtes insbesondere bethätigen mußte, kann nicht zweifelhaft sein, wenn man bedenkt, daß schon im frühen Mittelalter der Satz feststand: Ecclesia vivit lege Romana. Das in der justinianischen Gesetzgebung niedergelegte Recht galt nicht blos als das Recht eines einzelnen Staates, sondern als das Recht schlechthin, als das jus civile. Damit wurde die Kenntniß römischen Rechts auch dort aufrechterhalten und verbreitet, wo die Gesetze Justinians niemals formell in Geltung gestanden hatten oder wo sie verdrängt worden waren.

Die Ausbreitung der Kirche hatte deshalb eine Ausbreitung des römischen Rechts zur Folge. Die Kirche verschloß sich aber keineswegs der Aufnahme dem römischen

[1]) v. Savigny IV., 268. v. Bethmann-H. VI., 70.

[2]) Insbesondere Muther in Glasers Jahrbüchern für Gesellschafts- und Staatswissenschaften Bd. 9 (1869) S. 234, 235 ff. v. Bethmann-Hollweg Bd. VI. S. 82 ff. v. Schulte: Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts. Bd. I. 1875.

Digitized by Google

Rechte fremder Rechtsgedanken. Da sie nun innerhalb ihres Machtbereiches eine der weltlichen gleichstehende Gesetzgebungsgewalt erlangte, so war sie in der Lage, durch Fortbildung des römischen, durch Aufnahme fremden Rechts und durch Schaffung neuer Rechtseinrichtungen ein selbständiges, ihren besonderen Interessen dienendes Recht zu bilden. Welche Umstände es gewesen sind, die der Kirche jene Machtstellung verschafften, ist bekannt und hier nicht der Ort zu erklären. Thatsache ist, daß das Recht der Kirche, für ihren Machtbereich allgemein verbindliche Gesetze zu geben und weltliches Recht abzuändern oder aufzuheben, schon in der Mitte des 12. Jahrhunderts nicht mehr angezweifelt wurde. Von diesem Rechte wurde ausgiebiger Gebrauch gemacht, und die Summe der Sätze, welche dem Gesetzgebungsrechte der Kirche, sei es auf dem Gebiete des Kirchenrechts oder auf dem des weltlichen Rechts, ihre Entstehung verdankten, bildete das kanonische Recht. Wenngleich es auf römischem Rechte beruhte, blieb dieses doch nur soweit für die Kirche maßgebend, als es von ihr recipirt, d. h. soweit es nicht abgeändert wurde; es bildete fortan eine neben dem eigentlichen kanonischen Rechte stehende Quelle. Um das kanonische Recht gegenüber dem römischen völlig selbständig zu machen, ging Papst Honorius III. soweit, durch eine Bulle vom Jahre 1219 den Klerikern das Studium des römischen Rechts zu verbieten.

Die Quellen des kanonischen Rechts sind bekannt: es sind hauptsächlich die im sog. Corpus juris canonici enthaltenen Sammlungen. Wie über andere Gebiete des weltlichen Rechts, so treffen sie auch über das Civilprozeßrecht zahlreiche Bestimmungen. Auch diesen liegt überall römisches Recht zu Grunde, sie selbst bilden kein System des Prozeßrechts, sondern enthalten nur durch das besondere Bedürfniß der Kirche und ihrer Gerichtsgewalt diktirte Abänderungen des römischen Rechts. Gewiß hat sich die Kirche mit diesen ihren selbständigen Normen an die Praxis der weltlichen Gerichte und damit auch an germanische Rechtsanschauungen angelehnt, aber ein Irrthum wäre es, anzunehmen, daß die Kirche das germanische Recht um seiner selbst willen aufgenommen hätte: immer waren Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend. Ein System des kanonischen Prozeßrechts aufzustellen, wäre daher ohne Zuhilfenahme des römischen Rechts nicht möglich. Das römische Prozeßrecht

Digitized by Google

kam aber nicht in der ihm von Justinian gegebenen, sondern in der Gestalt zur Anwendung, die ihm die Praxis der geistlichen Gerichte gegeben hatte. An diese Praxis knüpften die in den Kanonensammlungen enthaltenen päpstlichen Dekrete an. Um ein System des kanonischen Prozesses zu bilden, ist also die Kenntniß der Gerichtspraxis erforderlich. Reichen Aufschluß über diese Praxis geben wiederum nur die Schriften der Juristen, welche das in den kanonischen Quellen, den canones und decreta enthaltene Recht zum Gegenstande wissenschaftlicher Behandlung machten und daher im Gegensatze zu jenen, welche sich mit den leges d. h. dem corpus juris civilis beschäftigten und Legisten genannt werden, Kanonisten oder Dekretisten oder Dekretalisten heißen.

Diese Schriften haben eine doppelte Bedeutung: sie sind einmal Zeugnisse von dem damals in Geltung gewesenen Recht und von der Auffassung, die man von jenem Recht gehabt hat, sie sind ferner aber selbst wieder von bestimmendem Einflusse auf die Fortbildung des Rechts in Wissenschaft und Praxis gewesen.

Daß es der Kirche überhaupt möglich war, ein eigenes Prozeßrecht zu schaffen, hatte seinen Grund darin, daß die geistliche Gerichtsgewalt ihren Machtbereich auf zahlreiche, an sich der weltlichen Gerichtsbarkeit unterliegende Rechtsangelegenheiten ausdehnte. Vor allem erlangte der Klerus im zwölften Jahrhundert eine völlige Exemtion von der bürgerlichen Gerichtsbarkeit, jeder Streit um der Kirche gehöriges Gut gehörte vor die geistlichen Gerichte; die Ehesachen zog man vor das kirchliche Forum, weil die Ehe als Sakrament angesehen wurde, endlich wurde dem Begriffe res spirituales (hisque annexae) eine Ausdehnung gegeben, durch die man ein Hineinziehen aller derjenigen rein weltlichen Angelegenheiten in den Kreis der Spiritualien ermöglichte, bei welchen es sich um einen möglichenfalls als Sünde zu betrachtenden Thatbestand handelte. Erwägt man, daß das Zinsennehmen verboten und der Wucher unzweifelhaft sündhaft war, so wird man begreifen, daß sich jeder Rechtsstreit, in dem Zinsen verlangt oder zurückgefordert wurden, oder in denen es sich um die Frage nach dem Vorliegen verschleierter wucherlicher Vortheile handelte, vor das geistliche Forum gezogen werden konnte. Es soll schließlich nicht unerwähnt bleiben, daß man die Kirche für befugt erachtete,

Digitized by Google

sich auch der Angelegenheiten hilfsbedürftiger Personen (pers. miserabiles) anzunehmen.

Bei dieser Ausdehnung der dem kirchlichen Gebiete unterworfenen Rechtsangelegenheiten und dem Streben der Kirche, ihre Macht über die weltliche Gewalt zu stellen, kann man es nur natürlich finden, daß die Kirche große Gebiete des weltlichen Rechts durch eigene Satzungen regelte. Damit übte die Kirche aber zugleich einen bestimmenden Einfluß auf die Art der Behandlung und Auffassung des Rechts überhaupt. Man gewöhnte sich nicht nur die Satzungen der Kirche selbst, sondern auch die des von ihr gebilligten weltlichen Rechts als Dogma zu betrachten, selbständiges Denken über das Dogma aber als menschliche Willkür anzusehen. Je mehr Boden die kanonistische Auffassung gewann, desto mehr sahen die Juristen ihre Aufgabe darin, aus dem Dogma so viele einzelne absolute Regeln herauszulesen, daß der wandelbaren Ueberzeugung des Einzelnen überall streng gemessene Grenzen gesetzt, möglichst jeder einzelne denkbare Vorgang der unveränderlichen Norm unterworfen wurde. Die Folge hiervon war eine übertriebene Neigung zur Kasuistik und das überall hervortretende Streben nach Einschränkung der freien richterlichen Ueberzeugung. Dieses letztere Streben war der Grund für zwei hervorstechende Eigenthümlichkeiten des romanischen Prozesses. Erschien das Waltenlassen der freien, nur der Logik und Erfahrung unterworfenen Ueberzeugung des Richters als Willkür, so mußten Grundsätze aufgestellt werden, wie der Richter die Ergebnisse des Beweises zu würdigen habe. Man gelangte in Folge dessen zu einer kunstvollen, bis ins kleinste durchgeführten gesetzlichen Beweistheorie. Dieselbe Furcht vor richterlicher Willkür mußte auch zu möglichster Einschränkung des richterlichen Prozeßleitungsrechts führen. Bei Fällung des Urtheils war der Richter überall an die Vorschriften des materiellen und formellen Rechts gebunden, prozeßleitende Verfügungen konnten dagegen oberflächlicher Würdigung des Prozeßstoffes oder dem Streben, in den Prozeß nach eigenem Gutdünken einzugreifen, entspringen. Man hielt es daher für zweckmäßig, dem Richter eine gänzlich passive Rolle zuzuweisen, d. h. das sog. Verhandlungsprinzip zu übertreiben. Für beide Richtungen fand man einen Anhalt im altgermanischen Prozesse.

§ 14. Die Quellen des kanonischen Rechts sind be-

Digitized by Google

kannt [1]). Für die Entwicklung und die Kenntniß des Civilprozesses kommen wesentlich nur die vier Theile des Corpus juris canonici in Betracht. Sein erster Theil ist das Decretum Gratiani, die Privatarbeit des Mönches Gratianus, der in Bologna Kirchenrecht lehrte und in jener Arbeit einen Grundriß für seine Vorlesungen schuf. Er nahm in sein Werk den gesammten bisherigen Rechtsstoff auf und vollendete es zwischen 1139 und 1142. Die Dekretalen, die er aufnahm, reichen bis Innocenz II. und das Jahr 1139.

Die andern drei Theile enthalten je im ersten und zweiten Buche (judex, judicium, clerus, connubia, crimen) gerichtsorganisatorische und civilprozessualische Bestimmungen. Sie sind der Liber Extra Gregors IX., mit Bulle vom 5. September 1234 an die Rechtsschulen zu Paris und Bologna zum Gebrauch ‚in judiciis et in scholis' versandt, der Liber Sextus von Bonifaz VIII., mittelst Bulle vom 3. März 1298 in gleicher Weise verkündet, und schließlich die sog. Clementinen, d. h. die von Clemens V. veranstaltete und 1313 verkündete Sammlung der von 1298—1313 erlassenen Dekretalen.

Wie schon erwähnt, sind aber die Schriften der Kanonisten von erheblich größerer Bedeutung für uns. Denn sie liefern systematische, vollständige Darstellungen des gesammten kanonischen Prozeßrechts.

Wohl die älteste Arbeit dieser Art ist die von einem unbekannten Verfasser herrührende, von Kunstmann herausgegebene [2]), etwa um 1170 entstandene Darstellung des Civil- und Strafprozesses, die sich ganz an das justinianische Recht anschließt und nur geringe Unterschiede von dem Prozesse der weltlichen Gerichte hervorhebt [3]).

Aehnlichen Inhalts ist die von v. Schulte entdeckte und von Groß herausgegebene Summa legum [4]), die von einem zu Paris thätigen Lehrer des kanonischen Rechts, zwischen 1170

[1]) Es kann in dieser Hinsicht auf die Lehrbücher des Pandekten- und des Kirchenrechts verwiesen werden. Eine ausführliche Darstellung giebt v. Schulte: die Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart. 3 Bde. Stuttgart seit 1875.

[2]) Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 2 vom Jahre 1854 S. 17ff.

[3]) v. Bethmann-Hollweg VI. S. 89.

[4]) v. Bethmann-Hollweg VI., 94. Sitzungsberichte der Wiener Akademie der Wissenschaften 1867 und 1869.

Digitized by Google

und 1190 verfaßt war und in einem tractatus de judiciis, einem tractatus de actionibus sowie beigegebenen Formeln den römischen Prozeß in dem Sinne behandelt, wie die Legisten der Bologneser Schule thaten.

Andere Schriften rühren her von Richardus Anglicus, der im letzten Jahrzehnt des 12. Jahrhunderts in Bologna magister decretorum war, und von Eilbertus Bremensis, der ein metrisches Werk über den kanonischen Civilprozeß verfaßte [1]).

Von Damasus rührt die etwa 1215 verfaßte Summa de ordine judiciario her [2]). Er fußt auf Pillius, legt aber sein Hauptgewicht auf die Dekretalen und auf den Gebrauch der geistlichen Gerichte. Schriftliche Positionen kennt er noch nicht, er erwähnt indeß mündliche Fragen, die eine Partei der andern durch den Richter vorlegen läßt.

Besonderer Hervorhebung bedarf der libellus ordinis judiciarii von Tancredus [3]). Tankred war in Bologna geboren, studierte dort kanonisches und bei Azo römisches Recht, wurde dann daselbst magister decretorum, Kanonikus des dortigen Domstiftes und 1226 Archidiakonus; er muß bald nach dem Jahre 1234, vermuthlich noch in jugendlichem Alter, gestorben sein. Das angeführte Werk ist wahrscheinlich im Jahre 1216 vollendet; es behandelt den damals bei den geistlichen Gerichten in Anwendung gewesenen Prozeß, betrachtet das römische Recht als soweit maßgebend, als es vom kanonischen Rechte nicht abgeändert sei, giebt aber dem kanonischen Gerichtsgebrauch den Vorzug. Es zerfällt in vier Theile, indem es zuerst von den am Prozesse betheiligten Personen, dann von dem Verfahren bis zur Litiskontestation, hierauf von dem Verfahren von der Litiskontestation bis zum Urtheil und schließlich von der Vollstreckung und Anfechtung des Urtheils handelt. In ihm erscheint die schriftliche Klage als vorherrschender und die Anwendung der Positionen als allgemeiner Gerichtsgebrauch. Das Werk, das vorzugsweise für das Studium gearbeitet war, aber zugleich den praktischen Juristen dienen sollte, erlangte ein hohes Ansehen und wurde in mehrere Sprachen

---

[1]) v. Bethmann-H. VI., 105, 109.
[2]) v. Bethmann-H. VI., 112. v. Schulte I., 194.
[3]) v. Bethmann-Hollweg VI., 115 ff. v. Savigny V., S. 106 ff. v. Schulte I. S. 199 ff.

Digitized by Google

übersetzt. Noch heutzutage ist es für jeden, der die Geschichte des Prozeßrechts kennen lernen will, unentbehrlich[1]).

Von beinahe gleicher Wichtigkeit ist die Summa de ordine judiciario von Gratia Aretinus[2]). Gratia war in Arezzo geboren und war dort Lehrer des kanonischen Rechts. Die oben erwähnte Schrift ist bald nach dem Jahre 1243 entstanden. Sie lehnt sich an das Werk von Tankred an und behandelt den Stoff auch in der von jenem benutzten Theilung. Sie kennt sowohl das Positionalverfahren als die Beweisartikel.

Zu erwähnen sind hier noch der Irländer Wilhelmus de Drokeda mit seinem 1239 verfaßten libellus de judiciorum ordine, der Spanier Johannes de Deo mit seinem libellus judicum, Aegidius de Fuscarariis mit seinem 1260 verfaßten ordo judiciarius[3]), Jacobus Balduini mit seinem libellus instructionis advocatorum, Ubertus de Bobio und Bonaguida de Aretio mit seiner Summa introductoria super officio advocationis in foro ecclesiae[4]). Bemerkenswerth ist ferner unter den Schriften, welche den Notarien Anweisungen für Abfassung gerichtlicher Protokolle gaben, das Werk von Johannes Bononiensis, das im Jahre 1281 verfaßt ist und den Titel summa notariae führt, hauptsächlich deshalb, weil er in diesem Werke eine kurze und außerordentlich klare Darstellung von dem Gange eines Civilprozesses giebt (s. unten § 17).

Diese gesammte Prozeßliteratur fand einen Abschluß in dem epochemachenden und umfassenden Werke des Guilielmus Durantis, dem Speculum judiciale[5]). Durantis war 1237 in Puimisson in Languedoc geboren, studierte in Bologna und war auch eine Zeit lang Lehrer des kanonischen Rechts in Modena. Später ist er in den verschiedensten Stellungen als Richter, päpstlicher Legat,

---

[1]) Sein reiner Text findet sich in dem Werke: Pillii, Tancredi, Gratiae libri de judiciorum ordine ed Friedr. Bergmann, Götting. 1842.

[2]) v. Bethmann-Hollweg VI., 131. v. Savigny V., 146. v. Schulte I., 197.

[3]) Ueber diese s. v. Bethmann-H. VI., 123, 134 ff. v. Savigny V., 412, 457.

[4]) v. Bethmann-Hollweg VI., 157. v. Savigny V., 446.

[5]) v. Bethmann-Hollweg VI. S. 203 ff. v. Savigny V., 501 und v. Schulte II., 144.

Digitized by Google

Haupt der Verwaltung des Patrimonium Petri und auch als Bischof praktisch thätig gewesen. Sein oben genanntes Werk verfolgt denn auch ausschließlich praktische Zwecke. Durantis starb in Rom am 1. November 1296.

Das erwähnte Werk zerfällt in vier Bücher und zwölf partes; in seinem ersten Buche behandelt es die im Prozesse thätigen Personen, im zweiten den Civilprozeß nach der üblichen Dreitheilung in praeparatoria judicii, eigentlichen ordo judiciorum und das, quae causam sequuntur, im dritten Buche den Strafprozeß, und im vierten (de libellorum conceptione) giebt er Anleitungen zur Vornahme aller etwa erforderlichen Prozeßhandlungen.

Was dem Werke ein so hohes Ansehen verschaffte, daß es später nur noch ergänzt und erläutert, daß es schließlich auch bei der Reception des kanonischen Prozesses in Deutschland die fast ausschließlich maßgebende Erkenntnißquelle des fremden Rechts wurde und auch heute noch für die Kenntniß des kanonischen Prozesses unerläßlich ist, ist keineswegs wissenschaftliche Tiefe, sondern die Vollständigkeit des in ihm mit praktischem Sinne verarbeiteten Materials. Obwohl es die Quellen auch des römischen Rechts beherrscht und mit verarbeitet, ist es doch eine Darstellung des kanonischen Prozeßrechts. Aber gerade diese Verbindung beider Rechte ist ein interessantes Zeugniß dafür, daß das Recht der Kirche das römische Recht vollständig in sich aufgenommeu hatte, sie war ferner Veranlassung, daß das Werk auch in den weltlichen Gerichten benutzt und daß auf diese Weise der kanonische Prozeß auch von den weltlichen Gerichten gehandhabt wurde. Das Werk liegt auch der hier gegebenen Darstellung des romanischen Prozeßrechts durchweg zu Grunde.

Welche Verbreitung das speculum des Durantis und der schriftliche kanonische Prozeß überhaupt schon im 14. Jahrhundert fern von Italien gefunden hat, beweist das Werk des Johannes de Scynna oder Zynna, gewöhnlich Stynna genannt, das etwa 1332 oder 1333 unter dem Titel Speculum abbreviatum erschien[1]). Der Ver-

[1]) v. Bethmann-Hollweg VI., 234ff. v. Schulte II., 254. v. Savigny VI., 498. Insbesondere aber Muther: Zur Geschichte des röm.-can. Prozesses in Deutschland 1872 S. 1ff. v. Stintzing: Geschichte der populären Literatur des röm.-kan. Proz. 1867 S. 239ff.

Digitized by Google

fasser entstammte einem pommerschen Geschlechte, studierte in Paris und war später Cistercienserмönch und Abt des Klosters Colbaz in Pommern. In seinem Werke giebt er Auszüge aus dem Speculum des Durantis, die sich häufig eng an das Vorbild anschließen, er berücksichtigt aber die spätere päpstliche Gesetzgebung, insbesondere die unter dem Namen Clementina Saepe berühmt gewordene Dekretale Papst Clemens V. über den summarischen Prozeß.

Das Ansehen des Speculum des Durantis ging soweit, daß man das Werk wie eine Rechtsquelle kommentirte. Das that Johannes Andreae[1]), der, um 1270 bei Florenz geboren, in Bologna Lehrer des römischen und kanonischen Rechts war und daselbst 1348 starb. Das Werk, dessentwegen er hier genannt wird, sind die Additiones ad Durantis Speculum, die, im Jahre 1346 vollendet, eine Bearbeitung und Ergänzung jenes Werkes enthalten.

Kleinere prozessualische Schriften verfaßte Bartolus[2]), der 1314 geboren war, Rechtslehrer in Perugia wurde und 1367 starb. Von ihm rühren her Abhandlungen de citatione, de jurisdictione, de arbitris, der tractatus praesumptionum, tractatus testimoniorum, insbesondere aber die differentiae inter jus canonicum et civile. In diesem Werke zeigt er einige Unterschiede zwischen römischem und kanonischem Civilprozeß auf und beweist damit, daß selbst zu jener Zeit noch solche Gegensätze bestanden.

Mit Bartolus pflegt gleichzeitig genannt zu werden sein etwa im Jahre 1327 geborener und 1400 gestorbener Schüler Baldus de Ubaldis[3]), der an acht verschiedenen Schulen als Rechtslehrer thätig war. Von prozessualischen Werken schrieb er Practica, eine Sammlung einzelner Erörterungen von Streitfragen und additiones ad Speculum Durantis.

Zu erwähnen ist ferner Jacobus de Theramo[4]) (geb. 1350 oder 1351) mit seinem Lis Belial contra

---

[1]) v. Bethmann-Hollweg VI., 238. v. Savigny VI., 98. v. Schulte II., 205, 221.

[2]) v. Bethmann-Hollweg VI., 242. v. Savigny VI.

[3]) v. Bethmann-Hollweg VI., 247. v. Savigny VI. v. Schulte II., 275.

[4]) v. Bethmann-Hollweg VI., 251.

Digitized by Google

Christum und aus dem 15. Jahrhundert Petrus de Ferrariis [1]).

Alle diese Arbeiten aber treten an Bedeutung weit hinter das Speculum des Durantis zurück, das auf Jahrhunderte hinaus das letzte den ganzen Prozeß behandelnde systematische Werk blieb. Der kanonische Prozeß hatte denn auch im Anfange des 14. Jahrhunderts seine volle Ausbildung erlangt.

Das Ansehen, das dieses Werk erlangte, die Vollständigkeit, mit der es alle Theile des Prozesses behandelte, die Rücksicht, die es dem weltlichen römischen Rechte angedeihen ließ, waren Eigenschaften, die seine Verbreitung auch unter den an den weltlichen Gerichten thätigen Personen beförderten. Kein Wunder also, wenn in den weltlichen Gerichten dasselbe Verfahren Eingang fand, das die an den Rechtsschulen gebildeten Juristen von ihren Lehrern und aus den zahlreichen Werken der Kanonisten geschöpft hatten, und wenn das in diesen Werken vorgetragene Prozeßrecht sich zum Prozeßrechte schlechthin entwickelte.

3. Das italienische Territorialrecht.

§ 15. Es ist hier nicht der Ort, die Ursachen der Freiheit und des wirthschaftlichen Aufschwunges der italienischen Städte zu untersuchen [2]); es genügt, auf die bekannte Thatsache hinzuweisen, daß Handel und Verkehr in den Städten Italiens seit dem 11. Jahrhundert zu außerordentlicher Blüthe gelangten, daß namentlich die Städte Oberitaliens kein Opfer scheuten, gegenüber Bischöfen und Dynasten ihre Unabhängigkeit zu wahren, und daß sie durch den Frieden von Konstanz (1183) die Anerkennung ihrer reichsunmittelbaren Freiheit erlangten. Für die Rechtsentwicklung von besonderer Wichtigkeit war aber, daß durch denselben Frieden die oberste Gerichtsbarkeit der Gemeinden anerkannt wurde. Denn damit wurde die Schaffung eigener, das römisch-kanonische Recht ausschließender Satzungen nicht nur auf dem Gebiete des Privatrechts, sondern insbesondere auch

[1]) v. Bethmann-Hollweg VI., 255.

[2]) Vgl. hierüber v. Savigny III. S. 90 ff. Hegel: Geschichte der Städteverfassung von Italien 1847. Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. 1891 I. S. 142 ff. v. Bethmann-Hollweg: Ursprung der lombardischen Städtefreiheit 1846.

Digitized by Google

des Prozeßrechts befördert. Von dieser Freiheit haben die Städte Italiens einen ausgiebigen Gebrauch gemacht, nicht nur altes überkommenes Gewohnheitsrecht wurde aufgezeichnet, sondern in den zahlreichen Statuten wurde neues Recht geschaffen. Auf diese Weise war die Möglichkeit gegeben, gegenüber dem römisch-kanonischen Rechte germanische Rechtsgedanken festzuhalten und weiter zu entwickeln.

Hieraus folgt aber keineswegs, daß der germanische Prozeß in den Statuten fortgelebt hätte. Was den Städten Bedürfniß war, das war ein den Interessen des Handelsverkehrs günstiges Prozeßverfahren, d. h. ein rasch zum Ziele führendes, auf materielle Wahrheitserforschung gerichtetes und daher von unnöthigen Formalitäten möglichst befreites Verfahren. Einem solchen Bedürfnisse konnte aber der germanische Prozeß mit seinem rein formalen Beweisrecht, es konnte ihm selbst der longobardische Prozeß der späteren Zeit nicht vollständig genügen. Was aus dem germanischen Rechte in den sog. „Territorialprozeß" überging, beschränkte sich daher im wesentlichen auf die Ausbildung der im longobardischen Rechte enthaltenen Keime des Arrest- und des Exekutivprozesses.

Freilich konnte auch das kanonische Prozeßverfahren mit seinen vielen Terminen und seiner Umständlichkeit dem Bedürfnisse nach schleuniger und energischer Durchsetzung begründeter Rechtsansprüche nur wenig entsprechen. Doch genügten die Grundprinzipien dieses Prozeßrechts den Anforderungen des Verkehrs immer noch besser als das formalistische Prozeßrecht der Germanen. Aufgabe der statutarischen Rechtsentwicklung war deshalb die Vereinfachung und Verkürzung des römisch-kanonischen Prozesses unter Wahrung seiner Grundlagen. Und in der That ist der Statutarprozeß nichts weiter als ein unter Ausbildung einzelner deutscher Institute vereinfachter römisch-kanonischer Prozeß. Dieses sog. Prozeßverfahren, das vielfach von denjenigen Personen gehandhabt wurde, die in Schriften und vom Lehrstuhl herab den römisch-kanonischen Prozeß vortrugen, wurde dann seinerseits das Vorbild für eine zweckmäßige Vereinfachung des kanonistischen Prozesses, wie sie im Jahre 1306 durch die schon erwähnte Clementina Saepe herbeigeführt wurde. Bei den Schriftstellern über Prozeß bis in das vierzehnte Jahrhundert hinein fehlt noch eine eingehende Berücksichtigung der Statuten. Erst nach Du-

Digitized by Google

rantis pflegt man dem Territorialprozeß Beachtung zu schenken.

Wie schon angedeutet, wurde das römisch-kanonische Recht von den Statuten als subsidiäres Recht bestehen gelassen. Es bildete sich also wie später in Deutschland neben dem römisch-kanonischen als einem gemeinen Rechte in den Gewohnheiten, Statuten und Staatsverträgen der Städte Italiens ein mit dem Namen Territorialprozeß bezeichnetes partikulares Recht.

Digitized by Google

IV. Abschnitt.

Der romanisch-kanonische Prozeß.

§ 16. Aus der Verbindung der im vorigen Abschnitte besprochenen Elemente bildete sich dasjenige Verfahren, das später von den Gerichten Deutschlands übernommen wurde und dort die weitere Entwicklung des Prozeßrechts beherrschte. Es galt vorzugsweise in den geistlichen Gerichten, es galt aber auch in den weltlichen Gerichten Italiens als gemeines Recht. Ihm den Namen kanonischer Prozeß zu geben, würde mit der Thatsache, daß dieses Verfahren nicht ausschließlich auf kanonischem Rechte beruhte, im Widerspruche stehen. Der Ausdruck romanisch-kanonischer Prozeß soll andeuten, daß die Grundlage des Verfahrens römisches Recht bildete. Dieses Verfahren soll in nachstehendem kurz zur Anschauung gebracht, es kann dabei über die Gerichtsverfassung der damaligen Zeit kaum eine Andeutung gegeben werden, weil sie sich nach dem öffentlichen Rechte derjenigen Staaten richtete, in denen das Verfahren zur Anwendung kam, und sowohl diese Verfassungen als die Organisation der kirchlichen Gerichtsbarkeit geschichtliches Interesse nicht in Anspruch nehmen.

Was hier zur Darstellung gebracht werden soll, ist der in den Schriften der italienischen Juristen behandelte Prozeß. Aber auch dieser Prozeß hat, bevor er in Deutschland recipirt wurde, Wandlungen erlebt. Der Einfluß der italienischen Statutarrechte ist nämlich mit dem Anfange des 14. Jahrhunderts stärker geworden, so daß die päpstliche Gesetzgebung sich veranlaßt sah, von dem gewöhnlichen ordentlichen Prozeßverfahren, dem solennis ordo judiciorum,

Digitized by Google

Abweichungen zu gestatten. Es kann daher nicht umgangen werden, zuerst den solennis ordo an der Hand der italienischen Juristen, vorzugsweise des Tankred und des Durantis, darzustellen, alsdann die Richtung anzudeuten, die der Prozeß der italienischen Statutarrechte genommen hatte, hierauf aber die Reform zu behandeln, die der romanisch-kanonische Prozeß seit dem Beginn des 14. Jahrhunderts schon in Italien erfuhr.

A. Der ordentliche Prozeß.

§ 17. Eine treffliche Uebersicht des romanisch-kanonischen Prozesses giebt Johannes de Bononia (oben § 14) in seiner Summa notariae. Die Stelle soll[1]) hier wörtlich mitgetheilt werden.

Primo si partes per procuratores comparerent, mandatis exhibitis utrique parti praefigitur terminus ad dicendum et dandum in scriptis tam contra mandata hinc inde exhibita quam contra personas procuratorum, nec non ipsi reo contra commissionem impetratam sive rescriptum quidquid dicere et dare voluerit. Et decernitur eis copia exhibitorum, facienda infra terminum eis datum. Adveniente termino eis dato et comprobatis mandatis, si libelli parati non sunt, datur terminus ad dandum et recipiendum libellum. Si autem libellus paratus sit, offertur judici vel notario recipienti pro judice. Es ipse judex vel notarius de mandato ipsius dat ipsum libellum reo et praefigitur sibi terminus ad deliberandum utrum velit cedere vel contendere. Partibus postmodum in judicio die termini constitutis judex quaerit a reo, utrum deliberaverit cedere vel contendere, scilicet respondere se velle cedere vel contendere quod nunquam planum esset. Si vero responderet se velle contendere tunc judex secundum quandam ordinationem et mandatum factum auditoribus palacii a domino Nycolao papa IV. quaerit a reo si habet aliquam exceptionem dilatoriam vel declinatoriam quam velit proponere. Et si responderit non vel etiam sic, dummodo non nominaverit aliquam efficacem, judex compellit eum respondere libello. Si autem nominet vel proponat aliquam efficacem, tunc datur ei peremtorius terminus

[1]) Wie Wach in seinem Handbuch I. S. 40 Note 2 gethan.

Digitized by Google

ad omnes dilatorias et declinatorias proponendas. Exhibitis exceptionibus rei, datur terminus ad replicandum, et ex evidenti causa, si negotium arduum est, exhibitis replicationibus actoris ad reum iterum datur alius actori ad replicandum. Sic communiter datis exceptionibus et replicationibus judex dat eis terminum ad audiendum interloqui super ipsis. Lata interlocutoria pro actore reus litem contestari compellitur et jurare de calumnia. Quo facto judex statim utrique parti dat terminum ad ponendum et si negotium magnum est iterum post illum dat alium terminum peremtorium ad proponendum. Positionibus hic inde factis secundum modum curie Romane datur hinc inde copia, ut partes deliberare possint super responsionibus faciendis. Bononie vero et in pluribus aliis locis, ubi fui, non datur parti copia positionum ab adversa parte datarum, sed tantum advocato partis per judicem ostenditur, ut videat si est ibi aliqua contraria inplicata vel inpertinens, cui non debeat responderi. Et prefigitur terminus ad respondendum ad positiones. Responsionibus subsecutis prefigitur terminus ad dandum articulos, sicut de positionibus dixi. Videlicet si negotium non est magnum, unus terminus tantum, si negotium magnum est datur primus pro prima dilatione, secundus postea pro omnibus et peremtorius. Approbatis articulis si testes ibi recipi debeant, vel si articuli debeant per instrumenta probari, statim prefigitur terminus ad probandum. Si vero testes remoti sunt, petitur ut committatur aliquibus, quod testes ipsos recipiant et examinent, et tunc, si partes sint de diversis dyocesibus vel locis distantibus, fit conventio de loco, si ambe partes probare volunt et conveniunt etiam inter se — si possunt — de aliquo vel aliquibus qui communiter testes ipsos recipiant. Si autem concordare non possunt, quaelibet pars eligit sibi unum, et judex dat eis tertium et assignat eis peremtorium terminum ad probandum coram electis judicibus id quod probare volunt. Post haec fiunt commissionis littere, inter quas articuli et interrogatoria concluduntur. — — Et datur terminus partibus ad dandum interrogatoria, si qua dare volunt. Post terminum citantur partes vel saltim reus ad videndum, quando articuli et interrogatoria sic exhibita dictis commissariis litteris in-

Digitized by Google

cluduntur. Remissis attestationibus et sigillis quibus vallate sunt recognitis vel probatis a partibus, in termino ad ipsas attestationes aperiendas et publicandas specialiter assignato aperiuntur et publicantur ipse attestationes. Et datur terminus ad recipiendum ipsorum copiam et dicendum contra personas et dicta ipsorum testium quiquid volunt. Et si contra testes vel eorum testificata quicquam non dicitur, sequitur in causa conclusio, cum dicti examinatoris testium de mandato specialiter a judice sibi facto — prout moris est, quando attestationes remittunt — ipsis partibus ad comparendum coram dicto judice cum omnibus actis et munimentis suis qualitercumque causam ipsam tangentibus peremtorium terminum assignassent. Verum si petatur a partibus, nihilominus ad producendum omnia instrumenta acta et munimenta peremtorius terminus assignatur. Post quem terminum sequitur immediate conclusio et postmodum terminus ad sententiam audiendam.

§ 18. Der longobardiſche Prozeß war ein mündlicher, und auch der juſtinianiſche Prozeß war im weſentlichen mündlich. Die italieniſchen Juriſten der älteren Zeit kennen denn auch nur mündliches Verfahren. Nichtsdeſtoweniger hat ſich der romaniſch-kanoniſche Prozeß zu einem ſchriftlichen Verfahren entwickelt, indem das Erforderniß ſchriftlicher Klage immer ſtärker betont wurde, insbeſondere aber dadurch, daß Innocenz III. in einer Dekretale vom Jahre 1216 (c. 71 X. de prob. 2, 19) anordnete, daß über jede vor und von dem Richter vorgenommene Prozeßhandlung ein Protokoll aufgenommen werde. Wie aus der Skizze des Prozeßganges von Johannes de Bononia hervorgeht, gaben die Parteien ihre Erklärungen einzeln und in beſonderen Terminen ab, und die Gegenpartei erhielt Abſchrift des Protokolles, damit ſie ſich im nächſten Termine erklären könne. Dieſes Verfahren vereinfachte ſich und die Dauer der gerichtlichen Termine verkürzte ſich, wenn die Partei die Erklärungen, die ſie mündlich zu geben hatte, in einem Schriftſatze niederlegte und dieſen dem Richter überreichte. Der Brauch wurde allgemein und verdrängte das mündliche Verfahren.

Mit der Mündlichkeit mußte auch die Oeffentlichkeit des Verfahrens verloren gehen.

§ 19. Der Richter iſt entweder judex oder arbiter.

Digitized by Google

Judex ist der vom Inhaber der Gerichtsgewalt öffentlich bestellte, arbiter der von den Parteien gewählte Richter.

Die Lehre vom arbiter und dem schiedsrichterlichen Verfahren wird von den italienischen Juristen mit großer Ausführlichkeit behandelt, namentlich von Bartolus und Baldus.

Was den judex anlangt, so herrscht in den Schriften der Juristen durchweg das römisch-rechtliche Prinzip des Einzelrichterthums. Dasselbe gilt von der päpstlichen Gesetzgebung; wendet sie sich doch allein an die geistlichen Gerichte, deren Ueber- und Unterordnung der kirchlichen Hierarchie entspricht: hier ruhte die Gerichtsgewalt vorzugsweise in den Händen der Bischöfe; der Bischof ist judex ordinarius, mit seiner Gerichtsgewalt konkurrirt aber die Jurisdiktion des Papstes. Allerdings erscheint der Richter zumeist umgeben und berathen von assessores oder consiliarii, aber eben nur berathen, entscheidende Stimme hatte der judex allein.

Er ist entweder judex ordinarius oder delegatus. Judex ordinarius ist der vom Herrn der Gerichtsgewalt ein für alle Male und für die gesammte Rechtspflege eines bestimmten Bezirks eingesetzte, judex delegatus der vom höchsten Jurisdiktionsinhaber oder vom judex ordinarius für die gesammte Rechtspflege eines Bezirks oder für einzelne Sachen oder selbst für einzelne Prozeßhandlungen durch besonderen Auftrag (commissio) bestellte Richter. Im romanisch-kanonischen Prozeß spielt der judex delegatus eine bedeutende Rolle. Die Größe der Sprengel machte es nothwendig, von der Delegationsbefugniß ausgedehnten Gebrauch zu machen. Der delegirte Richter übt aber nicht die Jurisdiktion des Deleganten als dessen Stellvertreter, sondern eigene Jurisdiktion aus, sodaß gegen seine Entscheidung beim Deleganten appellirt werden kann. Er erhält ein sog. commissorium, d. h. eine Bestallungsurkunde, die ihm nicht nur die Legitimation zur Ausübung der Rechtspflege gewährt, sondern auch die Grenzen des ihm ertheilten Rechts angiebt. Da Prozeßhandlungen des delegatus, zu deren Vornahme er nach dem commissorium nicht befugt war, ungiltig waren, so kam es auf möglichst genaue Fassung des Reskripts und daher in zahlreichen Prozessen auf die Auslegung der commissio an: beide Parteien haben selbstverständlich das Recht, das Prozediren vor einem nicht oder nicht gehörig bestallten Richter

Digitized by Google

zu verweigern. Sie haben auch die Befugniß, einen als parteiisch verdächtigen Richter abzulehnen, Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe werden aber in den Schriften der Juristen nicht streng auseinandergehalten. Sehr eingehend werden bei ihnen alle Fragen der Zuständigkeit behandelt. Denn die flüssigen Grenzen der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit, die häufig nicht genügend deutliche Bestimmung der Befugnisse des delegatus gegenüber dem ordinarius mußte, ganz abgesehen von der Frage nach dem Vorhandensein eines besonderen Gerichtsstandes (des Vertrages, Deliktes, der Widerklage), zu zahlreichen Zuständigkeitsstreitigkeiten führen.

Zur vollständigen Besetzung des Gerichts gehörte nach einer sich an den Brauch der longobardischen Gerichte anlehnenden Dekretale von Innocenz III. (1216)[1] ein Gerichtsschreiber. Statuimus, heißt es dort, ut judex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant. Die Parteien sollen von allen Protokollen Abschrift erhalten, die Originale sollen bei Gericht verbleiben und bei einem Streite über das Verfahren des Richters als Beweismittel dienen.

§ 20. Die Grundsätze, welche die italienischen Juristen über die Fähigkeit, Partei zu sein und als solche selbständig vor Gericht aufzutreten, entwickeln, sind ohne historisches Interesse. Uebrigens ist die kanonistische Lehre von den Parteien durchaus römisch. Sie hat mit den Bezeichnungen der Parteien (actor-reus) die feste Begrenzung der Parteirollen herübergenommen. Darauf ist es zurückzuführen, daß, wie neuerdings dargethan[2] sowohl dem kanonischen Rechte Gesetzesbestimmungen als auch der romanisch-kanonistischen Prozeßlehre Erörterungen über das, was heute Hauptintervention genannt wird, fehlen. Es war also der Eintritt eines Dritten in einen unter anderen Personen schwebenden Prozeß mit dem Anspruche auf den dort streitigen Gegenstand und der Wirkung, daß jener Prozeß eingestellt wurde, unzulässig.

Auch in Bezug auf die Nebenintervention ist das ro-

[1] cap. 11 X. de prob. 2, 19.

[2] Wach: der ital. Arrestprozeß S. 211. Weismann in d. Zeitschrift der Sav. Stift. Bd. I. (germ. Abh.) 1880 und: Hauptintervention und Streitgenossenschaft 1884 S. 1ff.

Digitized by Google

manische Recht des Mittelalters nicht über das römische hinausgekommen [1]). Die Lehre von der Streitverkündung begann schon im römischen Recht sich an der Verpflichtung des Verkäufers zur Eviktionsleistung zu entwickeln, und im Mittelalter gelangte man, wie es scheint, zu der Auffassung, daß der Verkäufer zur Uebernahme des Streites an Stelle des Käufers verpflichtet sei, aber nicht auf Grund des römischen, sondern vielmehr des longobardischen Rechtsinstitutes vom Zuge auf den Geweren [2]).

Die Parteien können sich durch andere Personen vertreten lassen, ein Grundsatz, der schon im 12. Jahrhundert galt und auf römisches Recht zurückzuführen ist [3]). Obwohl einzelne Sätze des kanonischen Rechts (c. 68, 72 in VI. [0] de reg. juris 5, 13) die Wirkung der Stellvertretung unzweideutig als eine unmittelbare bezeichnen, finden sich doch auch Andeutungen dafür, daß man das römische dominium litis habe übernehmen wollen. So soll namentlich die Widerruflichkeit des Mandates mit der Litiskontestation eine beschränkte und das Urtheil nach der Litiskontestation auf den Namen des Anwalts gestellt werden. Indessen ist man sich doch schon früh darüber klar gewesen, daß es gleichgiltig sei, ob man das Urtheil auf den Namen der Partei oder des Anwalts stelle, da es doch nur gegen die Partei selbst wirke.

Die Vertretung einer Partei im Prozesse kann an sich jede prozeßfähige Person übernehmen. Die Verhaltungsmaßregeln, die Durantis den Advokaten giebt, und die Formulare, die er für Anträge und sonstige vor Gericht abgegebene Erklärungen beifügt, setzen indeß das Vorhandensein eines Standes voraus, der die Parteivertretung zum Beruf machte.

§ 21. Die Klage [4]).

Die älteren Glossatoren nahmen die römischrechtliche editio actionis [5]) in ihrer ursprünglichen Gestalt als eine den Prozeß nur vorbereitende Handlung wieder auf.

---

[1]) S. Wach: Handbuch I. S. 618 Nr. 3.

[2]) Ebenda S. 656. Ueber deutsches Recht s. II. 1. S. 43.

[3]) Endemann a. a. O. in der Zschrft. für deutschen Civilprozeß S. 187. Wach: Handbuch I. S. 560 Anm. 8. Ueber deutsches Recht II. 1. S. 38.

[4]) Endemann a. a. O. S. 192 ff. R. Schmidt: die Klageänderung 1888 S. 17 ff. Pertile VI. 571 ff.

[5]) Bd. II. Heft 2 S. 64.

Digitized by Google

Mit großer Bestimmtheit und in strenger Anlehnung an die römischen Quellen sagen Placentinus und Rogerius (ad tit. Cod. de edendo 2, 1) edere actionem sei nichts anderes als speciem vel formam futurae litis declarare, ostendere quid dicturus sit. Die ed. a. will also dem Beklagten nur die Möglichkeit gewähren, mit sich zu Rathe zu gehen, ob er es auf den Prozeß ankommen lassen oder den Kläger befriedigen wolle (utrum potius velit cedere an contendere). Sie geht also dem Prozesse voran und macht ihn vielleicht unnöthig.

Hieraus erklärt sich auch, daß der Beklagte kein Recht auf die editio hatte; sie lag ausschließlich im Interesse des Klägers, denn sie setzte eine zwanzigtägige Frist in Lauf, nach deren Ablauf der Beklagte sich auf die Verhandlung vor Gericht einlassen mußte. Verlautet nun zwar über die Form der editio nichts, konnte sie germanischer Sitte entsprechend mündlich vor Solennitätszeugen vorgenommen werden, so erwies es sich doch als praktisch und wurde seit der Mitte des 12. Jahrhunderts unter dem Einflusse der kanonistischen Lehre üblich, einen libellus actionis abzufassen und dem Gericht zu übergeben, damit er von diesem dem Beklagten mitgetheilt werde. Nicht blos der Umstand, daß man damit an das spätere römische Recht anknüpfte, sondern auch das praktische Bedürfniß, für den Prozeß eine unverrückbare Grundlage zu erhalten und den Kläger zur Durchführung der einmal erhobenen Klage zu verpflichten, führte schließlich dahin, ein Recht des Beklagten auf Zustellung einer schriftlichen Klage anzuerkennen. So erklärt Johannes Bassianus (in der Schrift (Quicunque vult) [1]) mit vollster Entschiedenheit: Sed hoc evidenter constat esse falsum: reus enim non debet respondere nisi scriptae petitioni, und Pillius in der Summa de ordine judiciorum I. 53, also ganz am Ende des 12. Jahrhunderts: Antequam actor edat, non compellitur reus respondere. Dies ist feststehender Grundsatz geblieben; indessen wurden zahlreiche Ausnahmen, in denen der Kläger die Klage mündlich vor Gericht erheben durfte, zugelassen; unter ihnen ist wohl die wichtigste die Zulassung mündlicher Klageerhebung in denjenigen Prozessen, in denen de plano et sine strepitu judicii d. h. in formlosem, abgekürztem Verfahren verhandelt werden konnte.

[1]) Abgedruckt bei v. Savigny: Gesch. d. r. R. i. M. IV. S. 552.

Digitized by Google

Das Gebot der Schriftform für die Klage zog eine Umgestaltung der Lehre von der editio actionis und der gerichtlichen Klageerhebung nach sich. Während in älterer Zeit eine editio erfolgen konnte, die Klageerhebung selbst (die aditio judicis) aber vor dem Richter mündlich erfolgte, vollzieht sich jetzt die editio per oblationem libelli in der Weise, daß der Kläger vor dem Richter erscheint, diesem den Inhalt des libellus vorträgt und dann den libellus selbst zu dem Zwecke überreicht, daß der Richter ihn dem Beklagten mit der Ladung zufertige. Das Original des Libells verblieb bei Gericht, dem Beklagten wurde nur eine Abschrift mitgetheilt. Das Gebot der schriftlichen Klage machte aber auch Vorschriften über den Inhalt des libellus erforderlich. Denn hatte der Beklagte ein Recht auf eine Klageschrift, so bedurfte es auch der Begrenzung des Umfanges dieser Befugniß. Außer den Parteien und dem Richter war anzugeben, was der Kläger begehrte, und auf welchen Rechtsgrund er seinen Antrag stütze. Blieb es auch immer streitig, ob der Name der actio anzugeben sei, so war man doch darin einig, daß das Rechtsverhältniß (die obligatio), aus welcher die ‚actio tanquam ex matre oritur', ersichtlich sein müsse. Bei dinglichen Klagen begnügte man sich mit der Angabe des dinglichen Rechts, bei persönlichen Klagen aber forderte man Angabe der causa d. i. der Thatsachen, durch welche das Rechtsverhältniß entstanden war [1]). In diesem Gebote wirkte das germanische Prinzip von der strengen Formulirung der klägerischen Rechtsbehauptung nach: Gegenstand des Streites und des Urtheils blieb die im Libell erhobene actio, die einmal aufgestellte Rechtsbehauptung. An diese blieb der Kläger gebunden; er durfte daher weder statt des ursprünglich verlangten Gegenstandes einen anderen fordern noch seinem Begehren einen andern Klagegrund geben. Wurde die Klage nach einer dieser beiden Richtungen hin geändert, d. h. an Stelle der alten eine neue Klage erhoben, so konnte der Beklagte Aburtheilung der alten und neues Verfahren (mit neuem Libell und neuer Ueberlegungsfrist) auf die neue Klage fordern. Schwankend waren die Anschauungen über den Zeitpunkt, mit welchem die Gebundenheit des Klägers ihren Anfang nahm, ob die oblatio actionis oder die litiscontestatio entschied; nach der späteren

[1]) Schmidt a. a. O. S. 58, 59, 76, 77.

Digitized by Google

Lehre sah man die Litiskontestation als den bindenden Prozeßakt an. Bis dahin konnte der Kläger die Prozeßführung auch ganz aufgeben, nach der Litiskontestation war er auch hierin nicht mehr frei, wenn er nicht gleichzeitig auf den geltend gemachten Anspruch verzichtete.

§ 22. Vorbedingung der Verhandlung ist die Ladung des Beklagten. Sie wird vom Kläger beim Richter beantragt, die unmittelbare Ladung durch den Kläger war seit dem Ende des zwölften Jahrhunderts völlig verschwunden. Dem Antrage wird stattgegeben, indem der Richter einen Termin, in welchem die Parteien vor ihm erscheinen sollen, festsetzt und entweder, wenn der Beklagte anwesend, selbst die Aufforderung zu erscheinen ausspricht [1]) oder, was das gewöhnliche ist, einen Boten mit der Ladung beauftragt. Dieser führt die Ladung aus, indem er den Beklagten mündlich oder schriftlich bestellt oder, falls ein Abwesender oder Domicilloser geladen werden soll, eine schriftliche Aufforderung an die Gerichtsthür heftet. Die Statuten sowohl als die Doktrin geben hierüber mannigfaltige Vorschriften, deren Befolgung erforderlich ist, um die Pflicht des Beklagten zum Erscheinen zu begründen und also den Eintritt der Contumacialfolgen zu ermöglichen.

§ 23. Das bloße Nichthandeln da, wo das Handeln im Interesse der Partei läge, ist an sich nur ein Akt der Parteidisposition. Das Nichthandeln wird aber zum Ungehorsam (zur contumacia), wo das Handeln vom Richter geboten ist. Das richterliche Gebot begründet nach romanisch-kanonischem Recht eine Pflicht, deren Erfüllung erzwungen werden kann. Obenan steht die Pflicht beider Parteien, der richterlichen Ladung zum Verhandeln Folge zu leisten. Das italienische Statutarrecht hatte das germanische Contumacialsystem [2]), das die Verletzung der Dingpflicht und also auch das Nichtantworten des Beklagten mit Vermögensbeschlagnahme und Friedlosigkeit bedrohte, weiter entwickelt [3]), und das kanonische Recht war dem Entwicklungsgange gefolgt. Es gestattet nicht blos die Verhängung von Strafen, insbesondere Geldstrafen, Einsperrung und die Ex-

[1]) Quod raro accidit. Gratia I. 4. Pillius 2, 19.
[2]) II. 1 § 61.
[3]) Pertile VI. 520ff. Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß 1893 S. 58ff.

Digitized by Google

kommunikation, sondern es räumt dem Ungehorsam auch Einfluß auf die Behandlung der Sache selbst ein.

Voraussetzung der contumacia [1]) ist gehörige, regelmäßig dreimalige, ausnahmsweise einmalige, peremtorische Ladung unter Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten und Wahrung der vom Richter gesetzten Fristen. Wer sich ausdrücklich weigert, zu erscheinen, begeht eine vera, wer thatsächlich nicht erscheint, eine ficta contumacia; der erstere verliert das Recht der Appellation.

Bleibt der Kläger aus vor der Litiskontestation, so soll mit dem Beklagten einseitig verhandelt werden, wobei nur die im Klaglibell aufgestellten Behauptungen des Klägers, wohl aber sämmtliche vom Beklagten vorgebrachten Behauptungen und Beweise berücksichtigt werden konnten; bleibt der Kläger nach der Litiskontestation aus, so soll alles bisherige Vorbringen beider Parteien und alles spätere Vorbringen des Beklagten berücksichtigt und hiernach erkannt werden, läßt sich die Sache aber durch dieses einseitige Verfahren nicht aufklären, so soll der Beklagte ab instantia losgesprochen werden, der Kläger aber zu nochmaliger Klageerhebung nicht befugt sein.

Das Ausbleiben des Beklagten wird nicht als Unterwerfung unter den Klageanspruch, nicht einmal als Zugeständniß der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen aufgefaßt. Das kanonische Recht übt vielmehr gegen den contumax eine möglichst weit gehende Rücksicht und verlangt ein ihm ungünstiges Urtheil nur, wenn die Sache durch die einseitige Verhandlung nicht klar wird.

Ist nämlich der Beklagte vor der Litiskontestation ungehorsam, so wird der Kläger, der eine dingliche Klage erhoben, nach summarischer Untersuchung in den Besitz der verlangten Sache eingewiesen, und der Beklagte, wenn er innerhalb Jahresfrist die Kosten erstattet, wieder in den Besitz gesetzt, nach Ablauf des Jahres aber auf die Vindikation verwiesen; ist eine persönliche Klage erhoben, so erhält der Kläger Einweisung in das Vermögen des Beklagten, soweit es zur Sicherung der Klageforderung nothwendig. Ist der Beklagte nach der L. C. ungehorsam, so wird bei dinglicher Klage einseitig verhandelt und nach dem Ergebnisse der Ver-

[1]) Durantis II. 1. Vgl. Endemann a. a. O. S. 204 ff.

Digitized by Google

handlung, vielleicht also zu Gunsten des contumax erkannt; läßt sich die Sache nicht klarstellen, so ist dem Kläger der Streitgegenstand zuzusprechen; ist eine persönliche Klage erhoben, so wird verfahren wie bei Contumacia vor der Litiskontestation. Die missio erfolgt zuerst (ex primo decreto) nur mit der Wirkung, daß auf den Kläger die custodia übergeht; ist die dem Beklagten gewährte einjährige Einlösungsfrist verstrichen, so erfolgt die missio ex secundo decreto nach vergeblichem Erlaß einer abermaligen Ladung mit der Wirkung einer endgiltigen Uebertragung der in Besitz genommenen Sachen.

So zeigt das romanisch-kanonische Verfahren auf der einen Seite zwar einen Zwang zum Erscheinen, auf der andern Seite aber die schonendste Rücksicht gegen den Ausgebliebenen, so schonend, daß von einem eigentlichen Contumacialverfahren nicht gesprochen werden kann.

§ 24. Erscheinen beide Parteien vor dem Richter auf dessen Ladung, so erfolgt die erste **Verhandlung**. Das Wesentliche dieser Verhandlung ist die Ueberreichung des Klaglibells von Seiten des Klägers an den Beklagten. Auch nach Einführung der schriftlichen Klageerhebung aber blieb es Sitte, daß der Richter den Kläger zum mündlichen Vortrage seines Klageanspruchs aufforderte und den Beklagten sofort befragte. In jedem Falle war die Ueberreichung des Libells unumgänglich. Der Beklagte hatte nicht nöthig, sich auf den Libell sofort zu erklären. Erklärte er aber sofort oder in dem von ihm erbetenen neuen Termine seine Absicht, den Klageanspruch zu bestreiten und über ihn den Richter entscheiden zu lassen, so war damit die Litiskontestation vollzogen [1]). Oblatio libelli und litiscontestatio bilden hiernach zwei verschiedene Prozeßhandlungen, die zwar zeitlich zusammenfallen **können**, zwischen denen aber auch ein längerer Zeitraum und ein Streit der Parteien über die Pflicht zur Litiskontestation liegen kann. Jedenfalls wohnt ihnen eine ganz verschiedene rechtliche Bedeutung bei. Denn mit der Entgegennahme des Libells verzichtet der Beklagte noch nicht auf sein Recht, die Litiskontestation zu verweigern,

[1]) **Endemann** a. a. O. S. 211 ff., 228. **Derselbe**: Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. 5 S. 185 ff. **Schmidt**: Klageänderung S. 27 ff. **Wach** in Grünhuts Zeitschrift VI. S. 527. **Birkmeyer** im Archiv für civil. Pr. Bd. 66 S. 22 ff.

Digitized by Google

mit der Vornahme dieser aber wird das Prozeßverhältniß begründet.

Name und Begriff der Litiskontestation wurde von den Romanisten aus den Quellen des späteren römischen Rechts herübergenommen. Aber weil man wichtige prozeßrechtliche und civilrechtliche Wirkungen an sie knüpfte, war ein Bedürfniß vorhanden, die Litiskontestation mit einem deutlich in die Erscheinung tretenden, daher leicht festzustellenden Akte zu verbinden. Als solchen bezeichnete man bald die Bestellung der Prozeßbürgschaft, bald die Leistung des Kalumnieneides. Da indessen die Vornahme dieser Akte eine vorangegangene, wenn auch noch so kurze Erörterung des Klageanspruches zur Voraussetzung hatte, das römische Recht auch ganz deutlich die l. c. in der narratio proposita und der contraditio objecta gefunden hatte, so gestaltete man jene erste Erörterung des Klageanspruches zu einem die Litiskontestation zum deutlichen Ausdruck bringenden, daher nothwendigerweise solennen Akte. Dieser Akt bestand darin, daß der Kläger den Klaglibell in Gegenwart des Beklagten vorlas und den Richter bat, dem Beklagten Antwort zu gebieten, daß alsdann der Richter an den Kläger die Frage richtete: Petis sicut lectum est et credis juste petere? und auf die bejahende Antwort des Klägers den Beklagten aufforderte sich zu erklären, indem er ihn fragte, an sint vera vel credat quae in libello continentur, und daß darauf endlich der Beklagte antwortete: litem contestando nego narrata prout narrantur et dico petita fieri non debere. Ihren Abschluß fand diese Entwicklung in dem Gesetz Gregors IX., also etwa 1230 (c. un. X. de litisc. 2, 5) und ihre ausführliche wissenschaftliche Behandlung in dem speculum judiciale von Durantis.

So wenig wie die Klageschrift eine ausführliche Darstellung der klagebegründenden Thatsachen, brauchte die Erklärung des Beklagten eine Einlassung auf die einzelnen Thatsachen zu enthalten: es genügte, daß der Wille des Beklagten, den Klageanspruch zu bestreiten und ein Urtheil des Richters über diesen Anspruch zu erlangen, in einfachen, kurzen, der Mißdeutung entzogenen Worten zum Ausdruck gelangte. Gleichgiltig war daher, ob der Beklagte den Klageanspruch deshalb verneinte, weil er die klagbegründenden Thatsachen bestritt, oder deshalb, weil er die Rechtsdeduktion des Klägers für unrichtig hielt, oder endlich deshalb, weil

Digitized by Google

er Einreden hatte. In jedem Falle aber wurde der animus litem contestandi gefordert.

Was die Einreden anlangte, so schied man zwischen exceptiones dilatoriae und peremtoriae. Die ersteren befreiten von der Verpflichtung zur Litiskontestation und gingen durch die Litiskontestation verloren, sie waren also vor der Litiskontestation vorzubringen. Die peremtorischen konnten mit der Litiskontestation verbunden werden, ein Zwang dazu bestand nicht.

Die Wirkungen der Litiskontestation sind theils civilrechtliche theils prozeßrechtliche. Zu den ersteren gehören der Eintritt der mala fides oder mora des Beklagten, die sog. Perpetuirung der persönlichen Klagen (auf vierzig Jahre), der Uebergang der Klagen auf die Erben. Die prozessualischen Wirkungen sind mit einem Worte bezeichnet: die Begründung des Prozeßverhältnisses, daher der Ausschluß der prozeßhindernden Einreden, der Rekusation des Richters, die Unwiderruflichkeit des dem Prokurator ertheilten Mandates, die Unabänderlichkeit der Klage.

§ 25. Die im vorigen § nur gestreifte Lehre von den Einreden nimmt in den Schriften der italienischen Juristen einen breiten Raum ein.

Der strenge Begriff exceptio, wie ihn der römische Formularprozeß ausgebildet hatte, war den italienischen Juristen nicht verständlich, weil ihnen eine eingehende Kenntniß des Formularprozesses fehlte. Jede Vertheidigung des Beklagten, die nicht in bloßer Rechtsausführung oder in bloßem Bestreiten lag, faßte man unter dem Namen exceptio zusammen. Es gehörten unter den Begriff also nicht nur die Thatsachen, die vernichtend oder aufhebend auf den privatrechtlichen Anspruch des Klägers wirkten, sondern auch die im bisherigen Verfahren liegenden Mängel, die das Zustandekommen des Prozeßverhältnisses hinderten. Um die bunte Menge von Vertheidigungsmitteln, die man mit dem gemeinsamen Namen einer exceptio bekleidete, systematisch zu ordnen, wählte man als Eintheilungsgrund die Wirkung, welche die Vertheidigung, wenn sie begründet war, ausübte. Da nun die Litiskontestation das Prozeßverhältniß und mit ihm die Pflicht des Beklagten, das vom Kläger über den Anspruch begehrte Urtheil über sich ergehen zu lassen, begründete, so theilte man die Vertheidigungsmittel darnach ein, ob sie von der

Digitized by Google

Verpflichtung zur Litiskontestation befreiten oder nicht befreiten. Die ersteren nannte man exceptiones dilatoriae, die letzteren e. peremtoriae.

Die e. peremtoriae zerfielen wieder in zwei Klassen, nämlich 1) in solche, quae actionem perimunt seu elidunt (die simpliciter peremtoriae), welche behaupten, daß vor der Klageerhebung oder durch diese eine gesetzliche Vorschrift verletzt sei, welche dem an sich entstandenen Anspruche die Wirkung entzieht (ex. doli, metus, non numeratae pecuniae, Macedoniani, Vellejani u. A.), 2) in solche, welche den Klageanspruch aufgehoben haben, quae ipso jure tollunt, wie Zahlung, Erlaß, Acceptation.

Die e. dilatoriae sind entweder

1) dilatoriae solutionis, also materiellrechtliche Einwendungen, welche die Verpflichtung des Beklagten nur hinausschieben, oder 2) declinatoriae judicii d. h. prozessualische Rügen.

Die dilatorischen Einreden *sollen*, die der zweiten Klasse *müssen* vor der Litiskontestation vorgebracht, die der ersten Klasse *können* auch noch nach der Prozeßbegründung eingewendet werden. Die deklinatorischen aber gehen verloren, wenn sie nicht in diesem ersten Stadium des Prozesses erhoben werden. Werden sie bestritten und müssen sie bewiesen werden, so ist auch der Beweis vor der Litiskontestation zu führen. Hat der Beklagte mehrere deklinatorische Einreden vorzubringen, so bestimmt sich ihre Reihenfolge nach der Bedeutung, die sie für den Prozeß haben, so daß Durantis[1]) mit Recht sagen konnte, daß zuerst diejenigen Einreden aufzustellen seien, welche sich gegen die Jurisdiktion des Richters, alsdann die, welche sich gegen die Person des Richters, endlich die, welche sich gegen die Person des Klägers richten. Innocenz III. bestimmte jedoch (cap. 4 X. de except. 2, 25), daß der Richter befugt sein solle, einen Termin zur Aufstellung sämmtlicher dilatorischer Einreden zu bestimmen, dieser Termin solle präklusiv wirken, es sei denn, daß erst nach dem Termine eine dilatorische Einrede entstanden wäre. Ist so ein Endtermin für die prozeßhindernden Einreden gesetzt und der erste Schritt zur Einführung der Eventualmaxime gethan, so

[1]) II. part. 1 § 4 Nr. 14. Vergl. Levy: Ztschft. für d. cp. Bd. 20 S. 88.

Digitized by Google

ist doch auch Grundsatz, daß keine Einrede vor der Entgegennahme des Libells vorgebracht werden soll.

Die peremtorischen Einreden können zwar vor der Litiskontestation angekündigt, sie können aber nur nach dem Akte wirklich eingewendet und bewiesen werden. Sie richten sich nicht gegen den prozessualischen Angriff, sondern gegen den Klageanspruch. Das kanonische Recht ist aber zur Ausbildung einer eigenthümlichen Art von Einreden gelangt, den sog. exceptiones litis ingressum impedientes [1]). Das waren Einreden, deren Thatbestand ebensowohl gegen die Begründung des Prozesses als gegen den Anspruch des Klägers gerichtet werden konnte, und die daher, je nachdem sie vom Beklagten zu diesem oder jenem Zwecke verwendet wurden, vor oder nach der Litiskontestation aufzustellen waren. Hierher gehören die Einreden der rechtskräftig entschiedenen Sache, des Vergleichs, des Kompromisses.

Dasselbe Streben, das zu der Anordnung führte, daß für alle dilatorischen Einreden ein Präklusivtermin gesetzt werden könne, nämlich das Verlangen, die Prozeßverschleppung zu verhindern, machte sich zwar auch gegenüber den peremtorischen Einreden geltend, allein man gelangte, wie es scheint, hier nicht zu festen Grundsätzen, da man die Freiheit des Beklagten möglichst wenig einschränken wollte. Ja man gestattete sogar die Erhebung neuer Einreden noch in der Appellationsinstanz, sowie natürlich die Wiederholung einer in der vorigen Instanz verworfenen Einrede.

Das Verfahren bei Erhebung peremtorischer Einreden fällt mit der materiellen Streitverhandlung zusammen und wird unten erörtert werden.

Die dilatorischen Einreden werden in dem vom Richter angesetzten Termine entweder mündlich zu Protokoll erklärt oder in einem Schriftsatz (libellus) niedergelegt. Der Richter prüft ihre Zulässigkeit und setzt Termin ad probandum an. In diesem stellt der Beklagte den Antrag, den Kläger über die Einreden sub juramento calumniae zu befragen. Nach dem Inhalt der Antwort entscheidet sich die Frage, ob etwa noch ein Beweis nöthig ist. Erweist sich eine dilatorische Einrede als begründet, so ergeht ein Urtheil auf absolutio ab instantia, im andern Falle wird durch sententia interlocutoria die Einrede verworfen. Der Beklagte

[1]) Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen 1889 S. 88.

Digitized by Google

kann sich nunmehr der Pflicht litem zu konteſtiren, nicht mehr entziehen, es muß alſo Termin zu dieſem Akte anberaumt werden.

§ 26. Auch betreffs der Widerklage [1]) recipirte die Kirche das ſpätere römiſche Recht [2]), nach welchem die reconventio ſpäteſtens bei der Litiskonteſtation zu erheben war. Das Inſtitut erlitt durch päpſtliche Geſetze nur unbedeutende Aenderungen. Wichtiger iſt, daß nach Anſicht des Durantis (spec. II. de reconv.) die Erhebung einer Widerklage auch nach der Litiskonteſtation zuläſſig ſein ſoll [3]); zweifelhaft iſt jedoch, ob dieſe Anſicht in der Praxis Geltung erlangt hat [4]). — Der libellus reconventionis wird dem Kläger überreicht, nachdem dieſer den libellus conventionis dem Beklagten überreicht hat, darauf wird über beide Klagen nach einander lis konteſtirt. Damit iſt und bleibt die Zuſtändigkeit des vom Kläger angerufenen Richters ſelbſt für den Fall begründet, daß der Beklagte die Widerklage nicht betreibt, und der Richter deshalb zuerſt über die Klage entſcheidet. Es ſoll jedoch möglichſt über beide Klagen gleichzeitig verhandelt und entſchieden werden. Zur Antwort auf die Widerklage wird der Kläger dadurch gezwungen, daß er im Falle unterlaſſener Antwort mit ſeiner Klage nicht gehört wird.

§ 27. Der solennis ordo des romaniſch-kanoniſchen Prozeſſes gewährt eine prozeßleitende Thätigkeit dem Richter nur in engen Grenzen. Zahlreich aber ſind die Mittel gegen Prozeßmißbrauch. Hierher gehören die Prozeßkautionen und der Kalumnieneid.

1. Kautionen kommen in größerer Anzahl vor als im römiſchen Recht.

a) Der Kläger hat nach Ueberreichung des Libells dem Beklagten Bürgſchaft zu leiſten, daß er den Prozeß durchführen, und daß er bei nachgewieſener ungerechter Prozeßführung den zehnten Theil des Streitwerthes an

---

[1]) Darüber ſehr ausführlich: Pollak: die Widerklage 1889 S. 53ff.

[2]) II. Heft 2 § 66 S. 113.

[3]) Dieſe Auffaſſung iſt vielleicht deutſchrechtlichem Einfluß zuzuſchreiben. Ueber dieſes ſ. II. Heft 1 § 43 S. 59 und Pollak a. a. O. S. 69ff.

[4]) S. Endemann S. 226. Fuchs: Arch. f. civil. Praxis Bd. 53 S. 160.

Digitized by Google

ihn zahlen werde. Wenn dann auf die Ladung der Beklagte erscheint, so wird wiederum Sicherheit geleistet, daß der Kläger binnen zwei Monaten zur Litiskontestation bereit sein werde.

b) Der Beklagte hat Kaution zu stellen dafür, daß er bis zur Beendigung des Prozesses ausharren, daß er auch den Streitgegenstand nicht verbringen werde. Hat er in Folge Contumacia den Besitz dadurch verloren, daß der Kläger die missio in possessionem erlangt hat, so ist die Zulässigkeit seiner ferneren auf Wiedereinräumung des Besitzes gerichteten Prozeßführung durch vorgängige Sicherheitsleistung bedingt.

c) Jede Partei hat für die Kosten Kaution zu stellen.

d) Der Stellvertreter des Klägers hat, wenn seine Vollmacht bedenklich ist, cautio rem ratam haberi, der Stellvertreter des Beklagten aber in jedem Falle cautio judicatum solvi zu leisten.

2. Der Kalumnieneid ist aus dem römischen Recht herübergenommen. Er wird nach der Litiskontestation geleistet, aber nur auf Antrag der Gegenpartei. Er soll jedes chikanöse Vorgehen verhindern und muß daher möglichst alles umfassen, was an Prozeßhandlungen vorkommen kann. So schwört der Kläger, daß er Niemand bestechen, nicht ungerechter Weise Fristbewilligungen nachsuchen, daß er den Beweis ohne Chikane führen werde. Der Beklagte aber, dessen Eidesleistung der des Klägers nachfolgte, schwor, daß er den klägerischen Anspruch nur in dem Bewußtsein seines Rechtes bestreite.

Weigerung, den Eid zu leisten, hat den Prozeßverlust zur Folge. Das Urtheil, das diesen Nachtheil ausspricht, unterliegt der Appellation.

Zu unterscheiden vom Kalumnieneide, bei dessen Lehre übrigens zahlreiche Unterscheidungen und Streitfragen vorkommen, ist das juramentum malitiae. Dieser Eid wird vor der Litiskontestation und so oft geleistet, als Prozeßhandlungen vorgenommen werden, denen gegenüber der Verdacht der Unredlichkeit begründet ist.

§ 28. Nach der Litiskontestation und der Leistung des Kalumnieneides beginnt als besonderer Prozeßakt die eigentliche materielle Streitverhandlung. Da man im vorbereitenden Verfahren und bei dem Akte der Litiskontestation eine summarische Kenntniß von der Art des vom Kläger er-

Digitized by Google

hobenen Anspruches und von dem Streitwillen des Beklagten bereits erhalten hatte, so konnte es bei der weiteren Verhandlung nur noch darauf ankommen, das zu erwartende Beweisverfahren vorzubereiten. In der Art aber, wie diese Vorbereitung gestaltet wurde, tritt uns eine Eigenthümlichkeit des romanisch-kanonistischen Prozeßrechts entgegen, das Erzeugniß einer Verbindung germanischer Gedanken mit römischem Recht und kanonistischer Denkweise.

Die Herübernahme des römischen Aktionenrechts führte nothwendigerweise zur Anwendung der römischen allgemeinen Beweislastgrundsätze. Jede actio und jede exceptio ist das Ergebniß gewisser Thatsachen; wie es daher Aufgabe der Prätoren und später der römischen Richter war, zu prüfen, ob die angeführten Thatsachen gerade die von der Partei gewählte actio oder exceptio rechtfertigten, so mußte es auch Pflicht der nach römischem Rechte entscheidenden mittelalterlichen Richter werden, zu prüfen, ob diejenigen Thatsachen vorlägen, welche die im Klaglibell erhobene, häufig mit der römischen Bezeichnung versehene actio zu begründen geeignet seien. Gegenstand des Beweises konnten daher im romanischen wie im römischen Recht nur Thatsachen sein, und Sache des Richters war es, aus den vorgetragenen und bewiesenen Thatsachen die erforderlichen Schlüsse selbst zu ziehen. Man hielt sich denn auch an den Grundsatz: Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat, und faßte die Beweispflicht sehr richtig als ein onus auf. Die allgemeine Rechtsbehauptung aber, auf welche sich regelmäßig der libellus actionis beschränkte, konnte Gegenstand des Beweises nicht sein, eben weil er die Angabe bestimmter Thatsachen gewöhnlich vermissen ließ. Nun war es aber auch germanische Sitte, der zu beweisenden Behauptung eine bestimmte Formulirung zu geben und den Beweis als mißlungen zu betrachten, wenn er die Behauptung nicht gerade in der bestimmten Formulirung erbrachte. Das germanische Prozeßrecht gewann damit den nicht zu unterschätzenden Vortheil, daß die Parteien vor Gericht alle die unklaren, unbestimmten und unüberlegten Bemerkungen, die dem Richter heutzutage seine Aufgabe so sehr erschweren, unterlassen mußten und genöthigt wurden, eine strenge Prüfung dessen, was sie vorzubringen hatten, vorzunehmen und dem Gerichte in Gestalt klarer, einfacher, wohlüberlegter Behauptungen nur das Ergebniß ihrer Prüfung vorzulegen. Dieser Brauch

Digitized by Google

erhielt sich in der Praxis der italienischen Gerichte, indem man auch unter der Herrschaft des römischen Aktionenrechts die Parteien nöthigte, die Thatsachen, die sie vorbringen wollten, in bestimmte, kurze Sätze zu fassen und auf die gegnerischen Sätze bestimmte Antworten zu geben. Die Doktrin aber hatte es nicht schwer, an ein römisches Rechtsinstitut, die interrogationes in jure, anzuknüpfen und was sich als bloßer Gerichtsgebrauch erhalten hatte, als Rechtsgrundsatz darzustellen. Als solcher mußte er um so leichter Eingang finden als die Auflösung allgemeiner Rechtsbehauptungen in bestimmte Sätze der scholastischen Denkweise der Zeit entsprach.

So gelangte das kanonische Recht zur Schaffung des sog. Positionalverfahrens, indem es den Kläger nöthigte, den Thatbestand des streitigen Rechtsverhältnisses in eine Reihe einzelner Behauptungen, positiones, zu zerlegen, und von dem Gegner auf jede Position eine bestimmte Antwort mit Ja oder Nein zu verlangen; dieselbe Formulirung forderte es vom Beklagten betreffs seiner Anführungen. Und so wie es eine Pflicht zur Litiskontestation gab, so bestand auch eine Pflicht zur Antwort auf die Positionen, freilich nur in dem Sinne, daß Nichtantworten als Bejahung der Position galt. Man erreichte damit für das dann beginnende Beweisverfahren den großen Vortheil, daß alle ausdrücklich zugestandenen und alle nicht beantworteten Positionen als eines Beweises nicht bedürftig ausgeschieden wurden, und daß die dann noch übrig bleibenden Beweisthemata sich durch außerordentliche Präcision auszeichneten [1]), büßte dabei aber die Ueberzeugungskraft ein, welche die zusammenhängende Darstellung dessen, was thatsächlich und natürlich zusammenhängt, besitzt, und gewährte streitsüchtigen Parteien reiche Gelegenheit zu endlosen Streitigkeiten über Zulässigkeit und Formulirung der Positionen und damit zur Verschleppung der Prozesse.

Neben diesen Positionen oder Artikeln kommen im kanonischen Prozesse auch wirkliche interrogationes vor. Man wandte nämlich die Stellen des corpus juris, welche von den interrogationes in jure handeln, einfach unter den völlig veränderten Prozeßformen an, fand aber, daß die in-

[1]) Roffredus c. 13: Positionum usus inventus est ad relevandum actorem ab onere probandi per confessionem adversarii.

Digitized by Google

terrogationes des römischen Formularprozesses, den man mit den damaligen Hilfsmitteln nicht recht zu erklären wußte, vor der Litiskontestation gestellt wurden, und beschränkte daher die Zulässigkeit der Fragen auch jetzt auf das Verfahren vor der Litiskontestation und solche thatsächliche Verhältnisse, welche der bloßen Vorbereitung des Prozesses dienten; dabei erklärte man den Beklagten für verpflichtet, zu antworten, zwar nicht, wenn der Kläger, sondern wenn der Richter fragte. Die Interrogationen waren also Richterhandlungen, lagen vor dem Prozeßbeginn und hatten den Zweck, den Kläger über gewisse thatsächliche Voraussetzungen des Anspruchs zu unterrichten, damit aber von vornherein verfehlten Klagen vorzubeugen. Die Positionen waren Parteihandlungen, dienten der Feststellung des Streitstoffes und hatten daher ihren Platz in der Streitverhandlung selbst. Wenn schon die Positionen Parteihandlungen waren, so fehlte es doch nicht an aller richterlichen Mitwirkung bei ihrer Feststellung, und diese Feststellung war keine ganz einfache Arbeit. Unzulässig waren superfluae und impertinentes, die bereits zugestandenes oder geleugnetes behaupteten, impertinentes ad judicium, sachlich unerhebliche, obscurae, generales d. h. solche, die eine allgemeine Rechtsbehauptung enthielten, negativae d. h. nicht eine positive Behauptung enthaltende, captiosae u. a. Der Antwortpflichtige konnte also von verschiedenen Gesichtspunkten Einwendungen gegen die bloße Zulässigkeit der gewählten Position erheben. Ueber jeden Einwand hatte der Richter mittelst sent. interlocutoria zu entscheiden, aber eben nur die Entscheidung zu geben, nicht selbst die beanstandete Position zu formuliren. Da es im Falle der Verwerfung eines Artikels doch immer die Partei war, die eine andere Position oder den alten Artikel in anderer Form aufstellte, so blieben es auch ausschließlich die Parteien, denen die Aufstellung des Beweisthemas oblag. Diese starke Ausbildung des Verhandlungsprinzips, die den Richter von aller Prozeßleitung fernhielt und auf die Entscheidung streitig gewordener Fragen beschränkte, war Folge der Fortwirkung germanischer Rechtsgedanken[1]).

Sind die Positionen festgestellt, so fragt der Richter den Ponenten: Credis tu per juramentum a te prae-

[1]) II. Heft 1 §§ 57, 60.

Digitized by Google

stitum quod in his positionibus continetur? Auf die bejahende Antwort entfernt er den Advokaten des Prozeßgegners, ermahnt diesen zur Wahrheit und richtet an ihn die Aufforderung: responde quid credis per juramentum a te praestitum. Wünscht der so Angeredete Bedenkzeit, so wird sie ihm gewährt, auch soll ihn der Richter über Sinn und Einfluß der einzelnen Positionen belehren. Die Antwort wird dem Richter gegenüber abgegeben und zu Protokoll vernommen.

Wird die Antwort auf alle oder einzelne Positionen von dem anwesenden Gegner verweigert, so gilt er als confessus, erscheint er zur Antwort nicht, so wird er als contumax behandelt.

Die große Sorgfalt, die man auf die Fassung der Positionen verwendete, und die Bedeutung, die sie und die Antworten für das erst geraume Zeit später beginnende Beweisverfahren hatten, erheischte die schriftliche Fixierung von Position und Antwort. So ist durch Einführung der Artikel die Mündlichkeit vollständig beseitigt worden. Denn galt als Beweisthema oder als zugestanden nur das, was in dem einzelnen Artikel behauptet war, so konnte auch dem Urtheile des Richters nur die schriftlich fixierte Behauptung zu Grunde liegen, eine andere als die schriftlich gegebene Erklärung war überhaupt nicht vorhanden. Daß mit der Auflösung eines zusammenhängenden Thatbestandes in einzelne Sätze auch die von der Mündlichkeit nicht trennbare Unmittelbarkeit verloren gehen mußte, bedarf kaum des Hinweises.

§ 29. Nach dem Inhalte der Responsionen richtete sich das weitere Verfahren. Denn bei der Bedeutung, die im kanonischen Prozeß das Geständniß einnahm, erwuchs nun für den Ponenten wie für den Richter die Aufgabe, die Responsionen darauf hin zu prüfen, ob sie etwa Geständnisse enthielten.

Das kanonische Recht und die italienische Doktrin hatten nämlich bei dem Mangel genügenden Verständnisses für den römischen Formularprozeß [1]) die in den Quellen des römischen Rechts für die confessio in jure aufgestellten Grundsätze ihrer Klarheit und Einfachheit wegen auf jedes vor Gericht

[1]) Dieses Verständniß ist bekanntlich erst durch die Auffindung von Gajus' Institutionen möglich geworden. Bd. II. Heft 2 S. 4.

Digitized by Google

abgegebene Bekenntniß überhaupt bezogen und daher den Unterschied aus den Augen verloren, der zwischen jenem Bekenntniß gemacht wurde, das Willenserklärung der Partei, und jenem, das nur Ueberzeugungsmittel für den Richter sein sollte. Das romanische Prozeßrecht[1]) erblickte vielmehr in jedem im Prozesse abgelegten Geständnisse einen für diesen Prozeß wirkenden Dispositionsakt der Partei in dem Sinne, daß die Partei durch ihre confessio die Verpflichtung übernahm, das zugestandene nicht bestreiten zu wollen. Aus dieser Quasikontraktsnatur des Geständnisses folgerte man auf der einen Seite seine absolut bindende Wirkung und zog man auf der anderen Seite den Schluß, daß es jene Wirkung nur dann erlange, wenn es vom Gegner wie eine Vertragsofferte angenommen sei. Der Satz confessus pro judicato habetur konnte gleichwohl nur dann Anwendung finden, wenn nicht einzelne Elemente des klägerischen Anspruchs, sondern dieser Anspruch selbst zugestanden, nach heutigem Sprachgebrauch anerkannt wurde. Ein solches Anerkenntniß *vor* der Litiskontestation abgegeben, macht diese und jenem Satze gemäß auch das Urtheil unnöthig, *nach* der Litiskontestation abgegeben, nöthigt es den Richter, auf Antrag der Gegenpartei dem Anerkenntnisse gemäß zu urtheilen. Werden, was nur nach der Litiskontestation geschehen kann, nur einzelne Thatsachen oder Voraussetzungen des Klageanspruches oder der Einrede zugestanden, so ist es Sache des Richters zu beurtheilen, ob sich vielleicht auf dieses begrenzte Bekenntniß ein Urtheil gründen lasse; sind alle Positionen zugestanden, so bedarf es keines Beweises, und auf Antrag ist das Urtheil auszusprechen. Seit Akkursius aber taucht für die confessio die Bezeichnung probatio auf, doch nur in dem Sinne, daß die confessio eine probatio entbehrlich mache und daher wie eine probatio wirke, nicht in dem Sinne, daß das Bekenntniß nur ein besonders wirksames Mittel sei, den Richter von der Wahrheit der zugestandenen Thatsache zu überzeugen. Daß der Widerruf eines Geständnisses erschwert wurde, war die natürliche Folge der Auffassung, die man von seinem Wesen hatte. Uebrigens

[1]) v. Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. 1827 S. 293 ff. Endemann a. a. O. S. 247 ff. Derselbe: Beweislehre. S. 131 ff. Pollak: Gerichtliches Geständniß im Civilprozesse. 1893 S. 4 bis 6.

Digitized by Google

bedurfte es zum Widerruf eines vor der Litiskontestation abgegebenen Geständnisses nur der Anführung einer justa causa, zur Rücknahme eines nach der Litiskontestation erklärten Geständnisses des Nachweises eines Irrthums.

Jedes nicht in dem laufenden Prozesse, wenngleich in einem anderen Prozesse abgegebene Geständniß kann nur als ein Beweisgrund verwerthet werden. In manchen Fällen erbrachte es halben Beweis oder es verschob die Beweislast auf die Partei, die das Geständniß gegen sich hatte.

Eines eigentlichen Beweises bedurften nur die bestrittenen Positionen und Responsionen.

In das Beweisverfahren aber wurde eingetreten, ohne daß es einer richterlichen Entscheidung über das Beweisthema und die Beweislast bedurfte. Eine Trennung des Verfahrens fand nicht statt. Es ist dies eine der Eigenthümlichkeiten des kanonischen Prozeßverfahrens, die sich an das römische Recht anlehnt, dem deutschen Rechte durchaus widerspricht und uns auch nach unseren heutigen Anschauungen höchst befremdlich erscheint. Ihre Erklärung findet diese Eigenthümlichkeit aber in dem Bestreben, die Parteien vor dem prozeßleitenden Eingriffe des Richters sicherzustellen. Es wird den Parteien überlassen, zu behaupten und zu bestreiten, was sie in ihrem eigenen, von ihnen selbst vermuthlich am besten verstandenen Interesse zu behaupten und zu bestreiten für gut finden.

Gegen das Hinübergreifen in Gebiete, die dem anhängigen Prozesse ganz fern lagen, gewährte einige Garantie die Zulässigkeit eines Streites und damit schließlicher richterlicher Entscheidung über die Ungehörigkeit aufgestellter Positionen; ein gewisses Sicherungsmittel gegen Prozeßmißbrauch gewährte ferner der Kalumnieneid. Waren nun die Positionen und Responsionen aufgestellt, so hatte man also auch den für den Richter erheblichen Prozeßstoff gesammelt; mit Recht konnte man annehmen, daß der Streitstoff erschöpfend vorgetragen sei, und ob das vorgetragene für die Entscheidung erheblich, mußten die Parteien am besten beurtheilen können. Es wäre daher nicht nur überflüssig, sondern geradezu unzulässig gewesen, wenn der Richter aus den bestrittenen Positionen einzelne herausgegriffen und als für ihn erheblich zum Gegenstande eines Beweisurtheils oder einer prozeßleitenden, auf Beweiserhebung gerichteten An-

Digitized by Google

ordnung gemacht hätte. Vielmehr war es Sache der Partei, für die bestritten gebliebenen Positionen Beweis anzutreten und nach Kräften Beweis zu führen. Das konnte um so leichter geschehen, als sich die Frage nach der Beweislast auf das einfachste damit beantworten ließ, daß eine jede Partei ihre Positionen bewies. War dann Beweis angetreten und Beweis erhoben, so bot sich vielleicht Veranlassung, neue Positionen aufzustellen und alsdann zu beweisen. Denn auch die Präklusion der Parteien mit neuen Anführungen und neuen Beweisen widersprach dem oben hervorgehobenen, den ganzen Prozeß beherrschenden Streben, die freie Thätigkeit der Parteien vor Einmischung richterlicher Maßnahmen zu sichern. Daher das Fehlen des Präklusions- und Eventualprinzips im solennis ordo.

Allein dieser Mangel an bindenden Vorschriften hinderte nicht, daß der Zweck des Prozesses und die Macht der Uebung eine gewisse Reihenfolge der Prozeßhandlungen herstellte. Alle Prozeßthätigkeit der Parteien wickelte sich der durch das mündliche Verfahren ausgebildeten Gewohnheit entsprechend in Terminen ab, die man Substantialtermine nennt. Deren waren durchschnittlich 15 erforderlich, die drei Termine des ersten Verfahrens: ad dicendum contra commissionem, ad libellandum und ad litem contestandam mit eingerechnet. Der Litiskontestation folgte der Termin ad jurandum de calumnia, alsdann ad ponendum d. h. zur Einreichung der Positionen, ad respondendum positionibus, ad articulandum d. h. zur Einreichung der Beweisartikel, ad dicendum contra articulos, alsdann zur Einreichung von Interrogatorien, schließlich ad concludendum d. h. zur Erklärung der Parteien, daß sie nichts mehr anzuführen haben.

Wie früher mitgetheilt wurde, hatten es die Parteien in der Hand, wann sie die sog. conclusio d. h. den Schluß der Verhandlungen eintreten lassen wollten. Allein an das Beweisverfahren schloß sich die conclusio nicht unmittelbar an, es folgten vielmehr erst die disputationes et allegationes d. h. die Ausführungen der Parteien über die Beweisergebnisse und über die rechtliche Beurtheilung der Sache. Diese disputationes erfolgen der Natur der Sache nach zunächst durch den Advokaten des Klägers und dann durch den des Beklagten und so weiter, bis die Parteien glauben, die Behandlung der Sache völlig erschöpft zu ha-

Digitized by Google

ben. Der Richter ist zu passivem Verhalten gezwungen, nur die Rechtsausführungen der Parteien darf er ergänzen oder berichtigen, aber den Sachvortrag der Parteien darf er weder unterbrechen noch eigenmächtig schließen.

Dieses Plaidoyer erfolgt mündlich, sein wesentlicher Inhalt aber soll zu den Akten gebracht, also vermuthlich protokollirt werden. Denn jener mündliche Vortrag erfolgt nicht zu dem Zwecke, um das so vorgebrachte zur ausschließlichen Urtheilsgrundlage zu machen, sondern um auf die Urtheilsbildung des Richters einzuwirken. Urtheilsgrundlage bleibt der Inhalt der Akten.

Nach Beendigung des Plaidoyers fragt der Richter, ob die Parteien noch etwas anzuführen haben. Verneinen sie dies oder verzichten sie auf weiteres Vorbringen, so faßt der Richter die Parteianführungen mündlich und in Gegenwart der Parteien kurz zusammen und schließt die Verhandlung. Damit ist jede weitere Erörterung der Sache vor diesem Richter beendet: es ist nunmehr das Urtheil zu fällen.

§ 30. Das Urtheil. Der Richter spricht das Urtheil entweder auf Grund eigener Entschließung oder nach Anhörung von Berathern.

Diese Berather sind eine römische Einrichtung, sie sind die assessores, welche dem allein entscheidenden Richter mit berathender Stimme zur Seite stehen. Der romanische Richter des Mittelalters ist zwar an das Gutachten seiner assessores gleichfalls nicht gebunden, gleichwohl soll er bei einer Meinungsverschiedenheit seiner Beisitzer einen ferneren Berather zuziehen. Sind assessores nicht vorhanden, so soll der Richter italienischem Brauche gemäß von den Parteien übereinstimmend gewählte Rathgeber herbeiziehen. Auch an deren consilium, das schriftlich abgegeben werden soll, ist der Richter nicht gebunden. Die Rathgeber haben die disputationes der Advokaten mit anzuhören und dann auf Grund der Akten ihr Gutachten abzugeben.

Ferner war der Richter befugt, mittelst einer relatio d. h. eines eingehenden, von ihm verfaßten und den Parteien zur Genehmigung vorzulegenden Berichtes die consultatio principis zu bewirken. Hierzu ist er bei jeder im Laufe des Prozesses erforderlichen Entscheidung befugt, und jedesmal können die Parteien über den vom Richter abzufassenden Bericht streiten. Nach Absendung der relatio

Digitized by Google

darf in der Sache nichts vorgenommen, es muß die consultatio abgewartet werden. Sie ist nichts als, was ihr Name besagt, die Einholung einer bloßen Belehrung; das Urtheil, das von dem Rathe nicht leicht abgewichen sein wird, zu beschließen und auszusprechen, blieb Sache des Richters.

Römischem Vorbilde gemäß ist das Urtheil Rechtsanwendung auf den gegebenen Streitfall; es wird vom Richter, sei dieser Einzelrichter oder ein Kollegium, gefunden und ausgesprochen. Der Ausspruch verbindet in sich die Eigenschaft einer Feststellung vorhandenen Rechts und eines zwingenden Rechtsgebotes.

Die sententia ist entweder definitiva oder interlocutoria, die erstere entscheidet den ganzen Prozeß, die letztere eine einzelne im Laufe des Prozesses streitig gewordene Frage. Der Rechtskraft fähig ist nur die Endsentenz, sie schafft Recht unter den Parteien und kann von dem Richter, der sie erlassen, nicht widerrufen werden. Die Zwischenurtheile dagegen sind weder der Rechtskraft fähig noch für den Richter unwiderruflich. Diese römischen Grundsätze haben jedoch zu Gunsten der germanischen Auffassung eine Durchbrechung erfahren, indem man gegen gewisse Zwischenurtheile eine selbständige Appellation zuließ. Wurde durch Appellation gegen das Endurtheil oder ein Zwischenurtheil die Sache vor einen andern Richter gebracht, so war dieser bei der Widerruflichkeit der gewöhnlichen Interlokutorien befugt, Zwischenurtheile, die dem angefochtenen Urtheile voraufgegangen waren, abzuändern oder aufzuheben.

Ueber die Form der Urtheile verbreiten sich die Schriften der Juristen mehr als über die wichtige Frage der Rechtskraft. Der Richter soll das Urtheil schriftlich abfassen, dabei die Worte condemno oder absolvo, in zweiter Instanz confirmo oder infirmo brauchen, sich streng an das petitum des Klaglibells anschließen, die wichtigsten Prozeßvorgänge mittheilen, braucht aber nicht nothwendig Entscheidungsgründe beizufügen. Alsdann soll er das Urtheil sitzend in Gegenwart der Parteien verlesen.

§ 31. Anfechtung der Urtheile[1]).

Die Glossatoren übernahmen die Lehre des römischen Rechts, daß eine sententia nulla ein Urtheil überhaupt

[1]) Endemann a. a. O. S. 295. Skedl: Nichtigkeitsbeschwerde.

Digitized by Google

nicht sei und der anderweitigen Rechtsverfolgung nicht entgegenstehe, daß es also eines besonderen Rechtsmittels nicht bedürfe [1]). Auch die päpstliche Gesetzgebung bis zur Clementina änderte hieran nichts, obwohl sich in den italienischen Statutarrechten eine besondere Nichtigkeitsbeschwerde entwickelte.

Anfechtbar war also auch nach romanisch-kanonischem Rechte nur das an sich giltige Urtheil. Wurde die Anfechtung unterlassen, so ging das Urtheil in Rechtskraft über. Es bedurfte daher der möglichst genauen Begrenzung der Begriffe Nullität und Anfechtbarkeit. Das geschah aber nicht im Wege einer allgemeinen Begriffsbestimmung, sondern der damaligen Gewohnheit entsprechend durch Aufzählung einzelner Fälle. Tankred und Durantis unterscheiden ziemlich übereinstimmend die nullitas ratione judicis, wenn dem Richter die Fähigkeit der Jurisdiktion in Folge eines in seiner Person liegenden Mangels, ratione jurisdictionis, wenn ihm nur das Recht der Jurisdiktion über die streitige Person oder Sache, ratione litigatorum, wenn es den Parteien an der Prozeßfähigkeit, ihren Vertretern an der Legitimation fehlte, ratione loci, wenn der Richter außerhalb seines Bezirkes, ratione temporis, wenn er außer der zugelassenen Zeit, ratione causae, wenn er unter Ueberschreitung seines Auftrages urtheilte, und ratione modi, wenn er die für die Urtheilsverkündung vorgeschriebenen Förmlichkeiten verletzte. Aber auch damit waren nur die wichtigsten Nichtigkeitsgründe aufgeführt, es mußte insbesondere die Frage entstehen, ob nicht das Urtheil auch dann nichtig sei, wenn besonders wichtige Grundsätze des Prozeßrechts verletzt wurden, und in der That entstanden zahlreiche Streitfragen. Daß man darin nicht zu klaren, befriedigenden Grundsätzen gelangte, mag seinen Grund darin gehabt haben, daß durch die Möglichkeit, Zwischenurtheile herbeizuführen und diese im Wege der Appellation anzufechten, die Parteien vor den nachtheiligen Folgen unrichtigen Prozedirens in den meisten Fällen geschützt waren. Gleichwohl sah man doch auch die sententia manifestae iniquitatis d. h. das Urtheil, das auf Irrthum beruhte, gegen das geschriebene Recht verstieß oder erschlichen war, als nichtig an, eine Auffassung, die dazu führen mußte, daß

[1]) Ueber römisches Recht s. Bd. II. Heft 2 § 73 S. 140ff.

Digitized by Google

man jeden endlich durch Urtheil erledigten Streit unter der Behauptung, es sei eine manifesta iniquitas begangen, von neuem beginnen durfte.

Eigentliche Rechtsmittel, die darauf gerichtet waren, eine an sich gültige Sentenz durch ein besseres Urtheil beseitigen zu lassen, waren die Appellation, die in integrum restitutio und die Supplikation.

Die Appellation wurde fast unverändert aus dem römischen Rechte herübergenommen, durch die hierarchische Gliederung der Kirche aber begünstigt. Daher kam es, daß während unter den Legisten die Appellabilität der Zwischenurtheile immer ein Gegenstand des Streites blieb, das kanonische Recht in Uebereinstimmung mit dem germanischen Rechte die Appellation gegen jedes Urtheil zuließ [1]). Indessen blieb es bei dem Grundsatze contumax non appellat.

Zur Einlegung der Appellation ist eine mit dem Erlaß des Urtheils beginnende, a momento ad momentum zu berechnende Frist von zehn Tagen (das decendium appellationis) gewährt. So lange der Richter, dessen Urtheil angefochten wird, der judex a quo, noch an der Gerichtsstätte sitzt, kann der Wille zu appelliren mündlich vor dem Richter, andernfalls nur durch einen an ihn gerichteten libellus appellationis erklärt werden. Hier zeigt sich ein Unterschied der Appellation gegen Endurtheile von der gegen Zwischenurtheile eingelegten, indem nur bei der letzteren ein Beschwerdegrund angegeben werden muß.

Innerhalb weiterer dreißig Tage nach der Einlegung verlangt der Appellant vom judex a quo die litterae dimissoriales d. h. die Nachricht an den Appellationsrichter, daß Appellation eingelegt sei, und die Uebersendung der Akten an den Appellationsrichter. Dieser prüft die Formalien, veranlaßt, wenn sie gewahrt sind, eine neue Verhandlung, bei der es zu einer Litiskontestation kommt und bei welcher neue Thatsachen und Beweismittel hervorgebracht werden können, und prüft, wenn ein Zwischenurtheil angefochten ist, nur den angeführten Beschwerdegrund, wenn dagegen ein Endurtheil angegriffen ist, die ganze Sache nach jeder Richtung hin, ist dabei aber der Verhandlungsmaxime gemäß an die Anführungen der Parteien gebunden. Die Appellation führt also in diesem letzteren

[1]) c. 18 C. 2 qu. 6; c. 5, 12 X. de appell. 2, 28.

Digitized by Google

Falle zu einem novum judicium, das vom Appellationsrichter erlassene Endurtheil ist daher ein Urtheil in der Sache selbst, es bestätigt, ändert oder modificirt das angegriffene Urtheil. Sind zwei bestätigende Urtheile ergangen, so ist eine weitere Appellation ausgeschlossen, erfolgt auf erste oder zweite Appellation aber eine Aenderung, so kann die unterliegende Partei appelliren, bis der Instanzenzug erschöpft ist oder auch sie zwei bestätigende Urtheile erlangt hat.

Ob die Appellation ohne weiteres aufschiebende Wirkung hat, oder ob es dazu erst eines decretum inhibitoriale des höheren Richters bedarf, ist streitig.

Das Rechtsmittelverfahren soll regelmäßig in einem, beim Vorhandensein einer justa causa in zwei Jahren beendet sein, widrigenfalls die angefochtene Entscheidung ihre Geltung behält. Es bedarf kaum der Erwähnung, daß dieser Grundsatz von einer Reihe kasuistisch aufgestellter Ausnahmen durchbrochen war.

Von untergeordneter Bedeutung ist die restitutio in integrum. Sie hat ihren Charakter als außerordentliches Mittel, sich gegen Nachtheile zu schützen, welche die nothwendige Folge gerichtlichen Verfahrens überhaupt sind, gewahrt und wird daher zugelassen vorzugsweise dann, wenn das Urtheil sich auf falsche Zeugen oder Urkunden stützt, oder wenn neu eingetretene oder jetzt erst bekannt gewordene Thatsachen den Feststellungen jenes Urtheils widersprechen. Dadurch wurde die Restitution zu einem gegen rechtskräftige Urtheile zulässigen Angriffsmittel, sie war aber auch dem Säumigen gewährt gegen die Nachtheile, die seine unverschuldete Säumniß nach sich gezogen. Die Singularität des Rechtsbehelfes machte überall die Wahrung bestimmter Fristen nothwendig.

Wie im römischen, so ersetzte auch im kanonischen Prozesse die Supplikation die fehlende Appellation, wenn die höchste Instanz im ersten Rechtszuge gesprochen hatte. Sie führte zu einer abermaligen Verhandlung und Entscheidung.

§ 32. Das Beweissystem des kanonischen Prozesses ist das Erzeugniß einer Verbindung von römischem und germanischem Recht. Da das kanonische Recht aber das römische materielle Aktionenrecht herübernahm, so mußte es auch den römischen Satz: actore non probante reus absolvitur zur Anwendung bringen und das materielle Beweissystem der römischen Rechtsquellen recipiren. So wurde

Digitized by Google

das Bestreben, den Richter von der Wahrheit behaupteter Thatsachen zu überzeugen, leitender Grundsatz des romanischen Prozeßrechts; aus ihm folgt ohne weiteres die Zweiseitigkeit des Beweises d. h. die Zulassung eines die Ergebnisse der Beweisführung entkräftenden Gegenbeweises. Die richterliche Ueberzeugung aber soll keine ungebundene, keine regellose sein. Dem Bestreben des kanonischen Rechts und der damals herrschenden wissenschaftlichen Methode, überall bis ins kleinste Detail vorsorglich kasuistische Vorschriften aufzustellen, entsprechend, hielt man es auch für zweckmäßig, über die Bildung der richterlichen Ueberzeugung feste Regeln zu geben. Und hierin bot das in Italien fortentwickelte, nicht mehr ganz konsequente germanische Recht mit seinem formellen Beweissystem überall Anknüpfungspunkte. Man gelangte auf diese Weise zu dem Grundsatze: Die beweispflichtige Partei hat den Richter von der Wahrheit ihrer Behauptungen zu überzeugen, aber diese Ueberzeugung darf sich nur nach bestimmten Regeln bilden. Das romanische Prozeßrecht steht also unter der Herrschaft der gesetzlichen Beweistheorie [1]).

Hinsichtlich der Beweislast gilt, wie erwähnt, der Grundsatz: Actore non probante reus absolvitur. Dieser an sich natürliche Grundsatz besagt nichts weiter, als daß der Kläger seinen Anspruch zu beweisen hat. Man legte aber so großen Werth auf das Wort actor, daß man die Beweislast des Beklagten als eine übertragene auffaßte, ohne damit sachlich zu unrichtigen Ergebnissen zu gelangen. Denn man verkannte nicht, daß der, der eine wahre exceptio vorbringt oder eine dem Kläger zur Seite stehende Präsumtion zu entkräften hat, die Beweislast trage. Aus dem gleichfalls recipirten römischen Satze: Ei incumbit probatio, qui dicit non qui negat, las man unzutreffend heraus, daß nur positive Behauptungen Gegenstand eines Beweises sein könnten.

Um über den Werth eines jeden Beweismittels Grundsätze aufstellen zu können, bedurfte man der möglichst vollständigen Aufzählung aller Thatsachen, die auf die richterliche Ueberzeugung zu wirken im Stande sind. Während nun von manchen Schriftstellern nur testes, instrumenta, confessiones, allenfalls auch violentae praesumtiones auf-

[1]) S. über diese den Allgemeinen Theil Bd. I. § 109 S. 127.

Digitized by Google

gezählt werden, giebt Durantis ein Register von 13 Beweismitteln, damit natürlich wahre Beweismittel und Beweisgründe vermengend. Er zählt hierhin 1) die probatio per testes, 2) per confessionem partium, 3) per instrumenta, 4) per evidentiam facti d. h. durch Augenschein oder Notorietät, 5) per praesumtionem, eine nicht gerade zwingende, daher durch Gegenbeweis widerlegbare Folgerung, 6) per famam, die nur in Strafsachen verwendbar ist, 7) per juramenti delationem factam a parte parti, 8) per jur. delationem factam a judice parti, 9) per antiquos libros, scripturas antiquas in lapidibus vel columnis scriptas, 10) per literas sigillatas, 11) per denunciationem publicam in Strafsachen, 12) per communem opinionem, 13) per indicia indubitata. Trotz dieser Reichhaltigkeit fehlt der Sachverständigenbeweis. Es kann indessen keinem Bedenken unterliegen, daß auch dieser angewandt worden ist, wie daraus hervorgeht, daß angegeben wird, es müsse z. B. einem medicus, wenn er de sua medicina, einem faber, wenn er de sua fabrica aussage, geglaubt werden.

Die wichtigsten Beweismittel sollen erörtert werden.

1. Der Zeugenbeweis ist in allen Civilprozessen zugelassen. Zeugniß abzulegen, ist eine nicht ausnahmslose Pflicht.

Dem römischen Rechte gemäß kommt es auf das Wissen des Zeugen an, dem germanischen Prozeßrecht aber entnahm man die genaue Festsetzung der Zahl und der Eigenschaften der Zeugen. Obwohl hierin zahlreiche Ausnahmen bestanden, galt doch als Regel, daß die übereinstimmende Aussage zweier glaubwürdiger Zeugen zur Führung vollen Beweises erforderlich und ausreichend sei. Aber die Frage, welcher Zeuge unbedingt glaubwürdig, klassisch, sei, veranlaßte die ausführlichsten Erörterungen, in denen, wie man anerkennen muß, vortreffliche Erfahrungssätze niedergelegt sind, deren Erhebung zu zwingenden Rechtssätzen aber um deswillen fehlerhaft ist, weil sie den Richter zwingt, nach der in zahlreichen Fällen zutreffenden Regel gegen seine Ueberzeugung auch da zu entscheiden, wo die Regel nicht zutrifft. Durantis behandelt unter nicht weniger als 96 Nummern die möglichen Einwendungen gegen einen Zeugen. Diese Einwendungen sind natürlich von verschiedenem Gewichte, und so gelangt man zur Eintheilung der Zeugen in unverdächtige (klassische), verdächtige und untüchtige.

Digitized by Google

War nur ein unverdächtiger Zeuge vorhanden, so war halber Beweis (semiplena probatio), war nur ein verdächtiger Zeuge da, so war weniger als halber, war ein unverdächtiger und ein verdächtiger Zeuge vorhanden, so war mehr als ein halber Beweis geführt.

Das Verfahren ist kurz folgendes.

Nach Aufstellung der Positionen kündigt der Ponent Zeugenbeweis an; nachdem er die Zeugen benannt hat, wird über die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Zeugen gestritten und vom Richter entschieden. Letzterer ladet die Zeugen zunächst zur Beeidigung. Der Eid ist ein provisorischer, er wird in Gegenwart der Parteien geleistet. Darauf löst die beweisende Partei das, worüber sie den Zeugen vernommen zu sehen wünscht, trotz des vorangegangenen Positionenverfahrens in eine Reihe einzelner Fragen (articuli, intentiones, capitula, assertiones) auf, legt sie dem Richter vor, dieser theilt sie der Gegenpartei mit, nimmt deren Einwendungen und Gegenfragen entgegen, entscheidet den Streit der Parteien über Zulassung und Fassung der Fragen und vernimmt endlich die Zeugen in Abwesenheit der Parteien zu Protokoll. Den Parteien ist gestattet, wiederholt Zeugen zu benennen, es wird dann in gleicher Weise verfahren, bis endlich die Zeugenvernehmung erschöpft ist und der Richter die Parteien zur Verlesung des Protokolles ladet. Nach der Publikation dürfen — von zahlreichen Ausnahmen abgesehen — über dieselben Artikel Zeugen nicht mehr vernommen werden. Indessen beginnen jetzt erst die sog. Reprobationen d. h. Einwendungen gegen die Personen der Zeugen, die der Gegner vielleicht jetzt erst kennen lernt, und gegen ihre Aussagen. Hieran schließt sich neuer Streit und vielleicht ein durch Zeugen zu führender Gegenbeweis in denselben Formen. Ist endlich die Zeugenvernehmung beendet, so beginnt die Erörterung des Ergebnisses der Beweisaufnahme. Dabei bezeichnet in rein mechanischer Weise jede Partei die Artikel, die sie für bewiesen erachtet, mit einem Zeichen, der Richter stellt diese Artikel zusammen und berechnet einfach, was bewiesen ist und was unbewiesen geblieben ist.

Dieses Verfahren, das hier nur in gedrängter Kürze zusammengefaßt ist, bewegte sich in schleppendem Gange durch eine lange Reihe von Terminen, der Grundsatz von der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs wurde aufs strengste

Digitized by Google

befolgt, so daß jede Einwendung und Gegenvorstellung dem Gegner mitgetheilt und den Parteien geradezu ein Anreiz zu chikanösem Streiten gegeben wurde. Schließlich endete das ganze Verfahren in einer der Beurtheilung schädlichen Zerreißung und in „fast arithmetischem Herausrechnen der Ergebnisse".

2. Als Urkunde, instrumentum, gilt nur die zum Zwecke des Beweises hergestellte scriptura. Daher die Inschriften auf Steinen, Säulen u. a. an sich beweisende Ueberlieferungen von den über den Urkundenbeweis aufgestellten Grundsätzen nicht betroffen werden.

Die Beweiskraft der U. hängt davon ab, ob sie eine öffentliche oder eine Privaturkunde ist. Die erstere liefert ohne weiteres den Beweis der Thatsache, die durch sie beurkundet werden sollte. Doch ist der Gegenbeweis keineswegs und in allen Fällen ausgeschlossen. Die Privaturkunden zerfallen in drei Unterarten, nämlich die scriptura tibi tantum facta, die eigenen Aufzeichnungen dessen, der beweisen will, welche gar keine Beweiskraft haben, die scriptura alii facta, welche Beweis liefert gegen den Verfasser, und die scriptura tibi et alii facta, wie z. B. Rechnungs- und Handlungsbücher, welche nur in Verbindung mit anderen Beweismitteln Beweis liefern können.

Das Verfahren beim Urkundenbeweise ist einfacher als das Zeugenbeweisverfahren. Sobald eine Partei auf eine Urkunde, die sich in ihrer Hand befindet, Bezug nimmt, ordnet der Richter die Vorlegung der Urkunde an, damit der Gegner sich darauf erkläre. Aber auch abgesehen von einer solchen ausdrücklichen Bezugnahme ist nach herrschender Ansicht der Richter befugt, den Parteien einen peremtorischen Termin zur Vorlegung aller Urkunden, die sie etwa als Beweismittel benutzen wollen, zu setzen, mit dessen Ablauf weitere Urkundenbeweise abgeschnitten sind.

Ueber die Editionspflicht, über die Art und Weise, wie die Urkundenvorlegung geschieht, wer Abschriften zu bewirken hat, ergehen sich die Schriftsteller, insbesondere Durantis in eingehenden, höchst kasuistischen Erörterungen, die hier füglich übergangen werden können.

Mit gleicher Ausführlichkeit sind 3) die sog. praesumtiones behandelt. Dabei werden aber doch die Rechtsvermuthungen, welche die Beweislast verschieben, von den bloßen Beweispräsumtionen d. h. Schlußfolgerungen zu

Digitized by Google

gunsten bestimmter Thatsachen aus gewissen anderen Thatsachen nicht streng von einander geschieden.

4. Der Eid[1]).

Die romanische Jurisprudenz stützte sich auch hierin im wesentlichen auf die Grundsätze des spätesten römischen Rechts, konnte sie aber nicht rein zur Anwendung bringen. Daran hinderte einmal der Mangel richtigen Verständnisses für die historische Entwicklung des römischen Prozesses und die strenge Durchführung der Verhandlungsmaxime in Verbindung mit der Ausbildung der Legaltheorie.

Das romanische Prozeßrecht kennt ein juramentum a parte parti delatum, das man j. judiciale, und ein jur. a judice delatum, das man j. necessarium nannte.

Beide Institute haben eine nur geringe und unbefriedigende Ausbildung erfahren, eine Erscheinung, die sich vielleicht auf die in c. 5. C. 22 qu. 1 enthaltene Mahnung, mit Eidesleistungen sparsam umzugehen, zurückführen läßt.

Die Zulässigkeit eines vom Richter geforderten Eides stand streng genommen im Widerspruch mit der Ausbildung der Verhandlungsmaxime. Wer den Richter von der Wahrheit einer Thatsache nicht zu überzeugen vermag, der hat den Beweis nicht geführt, mag er durch seine Beweisführung die Behauptung wahrscheinlich gemacht oder gar nichts für sie erbracht haben. Der Richter aber, dem gestattet ist, nach seiner freien Ueberzeugung zu entscheiden, ist in der Lage, die Wahrscheinlichkeit zur Gewißheit zu erheben, wenn er die Partei, der es gelungen ist, ihre Behauptung wahrscheinlich zu machen, diese Behauptung beschwören läßt. Der kanonische Richter stand aber unter der Herrschaft mehr und mehr zu einem System entwickelter Beweisvorschriften. Er konnte daher nicht gleich dem römischen Richter sagen, daß er voll überzeugt sein werde, wenn die Partei auch noch mit ihrem eigenen Gewissen für ihre Behauptung einträte, er konnte vielmehr nur abwägen, ob die Partei die gesetzliche Vorbedingung für den Eid erfüllt, nämlich semiplena probatio erbracht habe; wer diese beschafft hatte, mußte zum Eide verstattet werden; in vielen Fällen indessen

[1]) Hinschius: Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation. 1860. Endemann: Beweislehre. S. 453 ff. Planck: Lehrb. II. S. 288. Kleinfeller: Die geschichtliche Entwicklung des Thatsacheneides. 1891. S. 49 ff.

Digitized by Google

verlangte man plus quam semiplena probatio, und in causis arduis s. magnis war dieser Eid überhaupt unzulässig. Diente der Eid aber da, wo er zugelassen wurde, zur Ergänzung unvollständig geführten Beweises, so konnte er auch nur dem Beweisführer auferlegt werden. Standen sich indessen widersprechende Behauptungen und widersprechende Beweisergebnisse gegenüber, oder konnte der Beweisführer die zu beschwörende Thatsache nicht wissen, so bot sich in dem aus dem germanischen Rechte bekannten Reinigungseide ein Mittel, dem Gegner die eidliche Ableugnung der zu beweisenden Behauptung zu gestatten. Und obwohl der Reinigungseid der Verhandlungsmaxime noch mehr widersprach als der Erfüllungseid, ließ man ihn in wichtigen Sachen germanischen Anschauungen entsprechend doch auch dann zu, wenn der Beweisführer nicht einmal halben Beweis erbracht hatte.

Daß man bei Abwägung aller für die eine und die andere Partei sprechenden Gründe diejenige Partei schwören ließ, welche die zu beschwörende Thatsache durch eigene sinnliche Wahrnehmung erfahren hatte, führte man nicht auf den natürlichen Grund, daß man sich nur durch einen auf eigenes Wissen gestützten Eid überzeugen lassen könne, sondern darauf zurück, daß die zum richterlichen Eide zugelassene Partei Zeuge in ihrer Sache sei (s. besonders c. 3 X. de procuratoribus 1, 38 von Innocenz III. v. J. 1190). Die nothwendige Folge dieser Auffassung war, daß nur Thatsachen, nicht auch Rechtsverhältnisse beschworen werden durften.

Die Eideszuschiebung [1]) war sowohl vor als nach der Litiskontestation zulässig. Geschah sie vor der Litiskontestation, so trat sie in Wirksamkeit nur in dem Falle, daß die Klage bestritten wurde und der etwa anderweit angetretene Beweis nicht gelang. Nach der Litiskontestation hatte die Eidesdelation eine Bedeutung nur dann, wenn sie nach Beantwortung der Positionen und vor dem Beweisantritt erfolgte und der Gegner sich auf sie freiwillig einließ oder der Beweisführer wenigstens einigen Beweis erbrachte. Denn nur in diesen Fällen kam es zur Eidesleistung. War aber ein Beweis bereits angetreten, so war die dann erst erfolgte Eideszuschiebung unzulässig, eine Erscheinung, die

[1]) S. besonders Kleinfeller a. a. O. S. 50, 51.

Digitized by Google

darin ihre Erklärung findet, daß man die in der Eidesdelation enthaltene Nöthigung zu wahrheitsgemäßer bestimmter Erklärung durch die unter dem Kalumnieneide stehende Antwort auf die Positionen erreichte. Gegenstand der Eideszuschiebung waren nicht nur Thatsachen, sondern insbesondere auch Rechtsverhältnisse. Es entsprach dies dem römischen Vorbilde im juramentum in jure delatum.

§ 33. Die Vollstreckung des Urtheils wurde auf Antrag des Klägers vom Richter verfügt, d. h. es wurde dem mit der Ausführung der Exekution betrauten Beamten ein Vollstreckungsbefehl ertheilt. Zuständig zum Erlaß des Befehles ist der Richter, der das verurtheilende Erkenntniß gesprochen hat: der judex ordinarius oder der von ihm Delegirte.

Vorausgesetzt ist die Zulässigkeit der Vollstreckung. Die Vollstreckung ist zulässig, wenn das Urtheil rechtskräftig oder nur mit einem des Suspensiveffektes entbehrenden Rechtsmittel angefochten ist. Es muß ferner die Exekutionsfrist abgelaufen sein, eine Frist, die bei Realklagen (auf Herausgabe bestimmter Sachen gerichteten Klagen) zehn Tage, bei sogenannten persönlichen Klagen vier Monate beträgt und mit der Verkündung des Urtheils beginnt.

Der erwähnte Unterschied in den Klagen bewirkt naturgemäß eine Verschiedenheit im Gegenstande der Zwangsvollstreckung. Die Durchführung der a. realis erfolgt durch Besitzergreifung der herauszugebenden Sache durch den executor und Ausantwortung der Sache an den Kläger. Soll aber eine Forderung anderer Art, insbesondere eine Geldforderung befriedigt werden, so soll die dem Schuldner am wenigsten lästige Exekutionsart gewählt werden. Kommt es zur Pfändung, so sind daher zunächst die beweglichen, dann die unbeweglichen Sachen, schließlich die Forderungen des Beklagten zu ergreifen, letztere aber auch nur dann, wenn der Drittschuldner die Forderung anerkennt.

Die gepfändeten Sachen pflegte man in der älteren Zeit dem Gläubiger an Zahlungsstatt zu überlassen, in späterer Zeit zu versteigern, um den Gläubiger aus dem Erlös zu befriedigen. Bevor zum Verkauf geschritten wird, muß aber eine längere Frist (gewöhnlich vier Monate) verstreichen und wiederholte öffentliche Ausbietung erfolgen. Gewisse Sachen waren als dem Schuldner unentbehrlich von der Exekution ausgeschlossen.

Digitized by Google

Steht an der gepfändeten Sache einem Dritten ein Recht zu, das durch die Zwangsvollstreckung verletzt werden würde,[1]) so kann er die Einstellung der Zwangsvollstreckung durch einen beim Richter eingebrachten Freigebungsantrag herbeiführen. Der Richter entscheidet summarisch über den Antrag und kann die Einstellung anordnen; seine Verfügung ist prozeßleitender Natur.

Daneben kann der Dritte sein Recht im Wege einer Klage verfolgen, durch welche ein der Rechtskraft fähiges Urtheil über sein Recht herbeigeführt wird. Diese Klage ist von den Italienern höchst wahrscheinlich als civilrechtliche Eigenthumsklage aufgefaßt worden.

Wenn der Schuldner nach Ablauf der Judikatsfrist nicht zahlt, so kann er, nach vorangegangener Ermittlung der Unzulänglichkeit seines Vermögens oder auf Grund der Thatsache der Nichtzahlung allein, zur eidlichen Manifestation seines Vermögens gezwungen werden.[2]) Poterit judex cogere et compellere utrumque, tam debitorem quam fidejussorem per proprium juramentum manifestare et indicare bona sua et multare eos si fuerint in hoc contumaces.[3]) Diese Anwendung des Eides entsprach einem weit verbreiteten Gewohnheitsrechte und zahlreichen statutarischen Bestimmungen. Nach diesen ist der Eid entweder ein assertorischer oder ein promissorischer; im ersten Falle setzt er eine schon vorhandene Vermögensabgabe voraus und bekräftigt diese oder die einfache Erklärung der Insolvenz; im anderen Falle verspricht er die spätere Angabe des Vermögenszustandes; erfolgt dann die versprochene Vermögensmanifestation, so kann der Gläubiger die missio in die angegebenen bona verlangen. Zur Erzwingung des Eides dienen die Personalhaft, ein Mittel, das dann nicht recht verfängt, wenn nach dem maßgebenden Recht dem Schuldner auch im Falle der Eidesleistung die Personalhaft droht, oder Geldstrafen, die gegenüber einem Insolventen regelmäßig nicht sehr angebracht sind. Der Eid mußte, sei-

[1]) v. Schrutka-Rechtenstamm: Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, 1888/89 von § 3 ab. Frommhold: Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung. Erster Theil. 1890 S. 21 ff.

[2]) Wach: Der Manifestationseid in Italien (in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 439 ff). Pertile VI. p. 831.

[3]) So nach Jacobus de Arena († am Ende des 13. Jahrh.), Bartolus und Petrus de Ferrariis.

Digitized by Google

nem longobardischen Ursprunge entsprechend, auf Verlangen der Gläubiger sowohl vom Schuldner selbst als von dessen Familiengliedern und Bediensteten, ja sogar von demjenigen geleistet werden, der sich im Besitze von Sachen des Schuldners befand.

Ein letztes Zwangsmittel blieb immer noch die Personalexekution.[1]) Die Schuldknechtschaft erhielt sich aus dem longobardisch-fränkischen Rechte partikularrechtlich bis ins 14. Jahrhundert hinein. Indessen ließ dieses Institut sich weder aus den römischen Quellen herleiten noch fand es vom kanonischen Rechte Anerkennung, das in einer Dekretale Gregors III. erklärte: Lex habet, ut homo liber pro debito non teneatur etsi res defuerint quae possint pro debito addici (c. 3 X. de pign. 3, 21). Dagegen wurde das Institut der öffentlichen Schuldhaft zu einem von der Doktrin des gemeinen Rechts anerkannten und in den Statuten allgemein aufgenommenen Mittel, den Schuldner zur Zahlung zu zwingen und zugleich wegen leichtsinnigen Schuldenmachens zu strafen. Sie konnte, wie im römischen Recht, durch die cessio bonorum d. i. durch freiwillige Konkurseröffnung abgewendet werden. Aber die beschimpfenden Formen, welche man für die cessio bonorum ersann, schreckten von ihr zurück und wahrten also den Gläubigern das Recht auf die Schuldhaft.[2])

Machte der Schuldner gleichwohl von der cessio bonorum Gebrauch, so hatte er sein Vermögen anzugeben und eidlich zu manifestiren. Das Gericht entschied über den Antrag des Schuldners und über die angemeldeten Forderungen und überließ, wenn es den Antrag begründet fand, einem von ihm ernannten Verwalter (curator) die Inventarisirung, Verwaltung, Versilberung des Vermögens und die Befriedigung der Gläubiger. Der Schuldner hatte überdies Sicherheit dafür zu leisten, daß er in besseren Vermögensumständen den Gläubigern den erlittenen Ausfall ersetzen werde.

Wählte der Schuldner die cessio nicht, oder wurde sie ihm versagt, so konnte es zum eigentlichen Konkursverfahren kommen. Dieses hat sich aus einer Verbindung der römisch-rechtlichen Grundsätze mit dem longobardischen Pfän-

[1]) Wach a. a. O. S. 447 ff. Ficker: Forschungen Bd. 3 S. 382. Pertile VI. 845 sq.

[2]) Wach a. a. O. S. 452. Pertile VI. 878 sq. Fuchs: Das Konkursverfahren. 1863 S. 12.

Digitized by Google

dungsrechte entwickelt. Wollte nämlich der zahlungsunfähige Schuldner der zum Schimpf gewordenen cessio, dabei aber auch der Schuldhaft entgehen, so blieb ihm nichts anderes übrig, als sich verborgen zu halten oder flüchtig zu werden. Von diesen verzweifelten Mitteln muß ein ausgiebiger Gebrauch gemacht worden sein, was seine Erklärung darin findet, daß die Gemeinschuldner, decoctores, äußerst hart behandelt wurden. In der von Straccha de decoctor. II. 1 gegebenen Begriffsbestimmung wird als ein decoctor denn auch derjenige bezeichnet, qui . . . . non solvendo factus foro cessit. Flüchtete nun der Schuldner, oder war er nicht zu finden, so war er ein unsicherer Schuldner. Gegenüber einem unsicheren Schuldner aber — und ein solcher war auch der fugae suspectus — hatten die Gläubiger das Recht des Sicherungsarrestes. Um diesen zu erwirken, hatten die Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners und den Arrestgrund dem Gericht zu bescheinigen; dieses verfügte die Beschlagnahme des gesammten Vermögens und die Verhaftung des Schuldners. Die Beschlagnahme galt als missio ex primo decreto. Darauf wurde der Schuldner öffentlich geladen. Blieb er aus, so war die vorher nur wahrscheinlich gemachte Zahlungsunfähigkeit erwiesen, die Gläubiger erhielten vom Gericht die Ermächtigung, sich nunmehr aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen d. h. die missio ex secundo decreto: der Arrest ging in Exekution über. Zum Zwecke der Inventarisirung, Verwaltung, Versilberung des Vermögens und zur Prüfung der geltend gemachten Ansprüche ernannte das Gericht auf Vorschlag der Gläubiger einen curator bonorum; es erließ einen sog. offenen Arrest d. h. die öffentliche Aufforderung an alle diejenigen, welche Vermögensstücke des Schuldners in Besitz hatten, diese an den Kurator abzuliefern, ferner auch die öffentliche Aufforderung an die Gläubiger, sich mit ihren Ansprüchen zu melden. Ueber die Berechtigung der einzelnen geltend gemachten Ansprüche und über ihren Rang entschied das Gericht in einem und demselben Urtheil. Die Befriedigung der Gläubiger erfolgte durch Vertheilung des durch Versteigerung der Masse erzielten Erlöses oder durch Ueberlassung einzelner Vermögensstücke an Zahlungsstatt zum Schätzungswerthe.

Diese von der Doktrin aufgestellten Grundsätze wurden in den zahlreichen italienischen Statuten ins einzelne ausgestaltet.[1])

[1]) Pertile VI. 886 sq. Fuchs a. a. O. § 4. Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts. 1891. S. 11 ff.

Digitized by Google

In ihnen wie in der Theorie des gemeinen Rechts blieb die Grundanschauung über den Konkurs dieselbe, die auch noch im spätesten römischen Recht geherrscht hatte: der Konkurs war eine zur Befriedigung privatrechtlicher Ansprüche dienende private Angelegenheit der Gläubiger, eine Mitwirkung des Gerichts erschien nur nothwendig zum Zwecke der Sicherung der Masse und zum Zwecke der Entscheidung, wenn ein Widerstreit der Interessen eintrat.

B. Die Entwicklung eines summarischen Prozesses und der Einfluß des Territorialrechts.[1])

§ 34. Daß und in welcher Weise das italienische Statutarrecht auf den ordentlichen kanonischen Prozeß eingewirkt hat, ist an einzelnen Stellen gezeigt worden. Dieser Einfluß war bis zum Anfange des 14. Jahrhunderts ein geringer. Die zunehmende Macht der italienischen Städte verschaffte aber auch dem in ihnen geltenden Rechte erhöhtes Ansehen, und gerade das Bedürfniß, von den schleppenden Formen des gemeinen Prozesses loszukommen, führte in den Statuten zu einer ergiebigeren Behandlung des Prozeßrechts. Von ihr sollte eine grundsätzliche Umgestaltung auch des gemeinen romanisch-kanonischen Prozesses ausgehen. Nicht blos in einzelnen Staatsverträgen, welche italienische Städte mit einander schlossen, und in denen sie die Grundsätze feststellten, nach denen in Prozessen von Bürgern der verschiedenen Gemeinwesen verfahren werden sollte, sondern auch in den Statuten selbst hatte man im Interesse der Abkürzung des gerichtlichen Verfahrens zu dem Mittel gegriffen, der Dauer der Prozesse bestimmte Grenzen zu setzen. Damit war der Bethätigung der Verschleppungssucht ein fester Riegel vorgeschoben, zugleich der Umsicht und Thatkraft der Parteien ein Sporn gegeben. Denn wer mit erheblichen Thatsachen bis zu dem Augenblicke zurückhielt, in dem die Beendigung der über das frühere Vorbringen im Gange befindlichen Verhandlung zu erwarten war, dem drohte der Ablauf der Frist und damit der endgültige Verlust seiner Rechtsbehelfe. Der Richter aber erhielt mit der Festsetzung von Fristen ohne weiteres die Befugniß, unnützes oder auf Verschleppung gerichtetes

[1]) Vgl. vorzugsweise Wach: Der italienische Arrestprozeß. 1868. S. 179 ff.

Digitized by Google

Vorbringen der Parteien einfach abzuschneiden und zum Urtheil zu schreiten, auch wenn die Parteien den Schluß der Verhandlung noch nicht beantragt hatten. Auch die zahlreichen Zwischenappellationen des kanonischen Prozesses waren durch jenes Mittel, die Prozesse abzukürzen, unmöglich gemacht. Die Fristen waren verschieden bemessen je nach der Bedeutung der Sache, so daß in ganz einfachen, schleunigen, geringwerthigen Sachen die stärkste Abweichung und in großen Sachen die stärkste Anlehnung an die Formen des gemeinen Prozesses stattfand. So entstand hier zum ersten Male der von der Bedeutung der Sache abhängige Unterschied von ordentlichem und summarischem Verfahren.

Daneben findet sich in einzelnen Statuten die Zulassung einer einseitigen Verhandlung der erschienenen Partei gegen die säumige schon vor der Litiskontestation, so daß hier selbst von dem kanonischen Gebote einer zweiseitigen Litiskontestation Umgang genommen wird. Fast überall aber giebt man das Erforderniß einer rein formalen Litiskontestation auf.

Nach Behändigung der Klage wird ein nach der Bedeutung der Sache verschieden weit bemessener Termin ad respondendum et excipiendum angesetzt. Von der Pflicht der Einlassung befreien nur dilatorische oder prozeßhindernde Einreden. Der Richter ist aber befugt, zur Geltendmachung dieser Einreden eine präklusive Frist von wenigen Tagen festzusetzen, ja die sofortige, eventuelle Einlassung zur Hauptsache anzuordnen. Die thatsächlich geschehende Einlassung, nicht ein in einem besonderen Termine sich vollziehender Akt bildet die Litiskontestation. Der Kalumnieneid verschwindet aus dem Rechte der italienischen Gemeinden. Häufig wird der Termin, in welchem die Erklärung auf die Klage erfolgen soll, zum sofortigen Beweise der beiderseitigen Parteibehauptungen (ad probandum et probatum habendum) bestimmt. Jedenfalls wird nach dem ersten Verhandlungstermin sofort Termin zur Beweiserhebung festgesetzt, dem Gegner aber eine Frist zum Gegenbeweise gewährt. Zwischenstreitigkeiten sollen den Gang des Prozesses nicht aufhalten, weitere Fristen zur Geltendmachung fernerer Beweise werden regelmäßig nicht bewilligt. Eine Trennung von Behauptungen und Beweisen findet nicht statt.[1])

Es kann recht zweifelhaft sein, ob man mit der An-

[1]) Planck: Beweisurtheil. 1848. S. 142.

Digitized by Google

wendung so strenger Mittel das Ideal des Prozesses erreicht. Wie zweckmäßig es auch ist, den Richter mit einem weitreichenden Prozeßleitungsrecht auszustatten, so leicht können doch bei der Abschneidung verzögerlichen Vorbringens auch erhebliche, der Partei erst durch die Verhandlungen bekannt gewordene Anführungen von der Berücksichtigung ausgeschlossen werden. Wie aber diese energischen Mittel nur dem Verlangen ihre Entstehung verdankten, um jeden Preis der Langwierigkeit des kanonischen Prozesses vorzubeugen und die trotz aller Kalumnieneide freie Bethätigung der Parteichikane unmöglich zu machen, so zeigten sie andererseits den für die Weiterentwicklung des gemeinen Prozesses maßgebenden Kreisen den Weg zu einer zweckentsprechenden Reform.

§ 35. Die Päpste hatten längst empfunden, daß der in den geistlichen und den nicht kommunalen weltlichen Gerichten gehandhabte Prozeß der Streitsucht der Parteien überall den weitesten Spielraum gewährte und aufs äußerste umständlich und langwierig war und das Bedürfniß nach rascher Erledigung aller einfacheren, kleineren und eiligen Sachen, d. i. der großen Mehrzahl aller Prozesse nicht befriedigen konnte. Sie pflegten daher den von ihnen mit der Verhandlung und Entscheidung von Prozessen bestellten Kommissarien nach Lage des Falles vorzuschreiben, simpliciter, de plano, sine strepitu et figura judicii d. i. des ordentlichen Prozesses zu verfahren. Da jedoch über den Sinn der so gearteten Vollmachten Zweifel entstanden, erließ Papst Clemens V. im Jahre 1306 ein Gesetz, das seiner großen Wichtigkeit wegen im Wortlaut mitgetheilt werden muß:

Saepe contingit . . . . Nos autem dubitationem hujusmodi . . decidere cupientes, hac . . constitutione sancimus, ut judex cui taliter causam committimus, necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, in tempore etiam feriarum ob neccessitates hominum indultarum a jure procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit faciat breviorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et jurgia testiumque superfluam multitudinem refrenando. Non sic tamen judex litem abbreviet quin probationes necessariae et defensiones le-

Digitized by Google

gitimae admittantur. Citationem vero ac praestationem juramenti de calumnia vel malitia sive de veritate dicenda ne veritas occultetur, per commissionem hujusmodi intelligimus non excludi. Verum quia juxta petitionis formam pronunciatio sequi debet, pro parte agentis et etiam rei si quid petere voluerit est in ipso litis exordio petitio facienda sive scriptis sive verbo: actis tamen continuo (ut super quibus positiones et articuli formari debeant possit haberi plenior certitudo et ut fiat definitio clarior) inserenda. Et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium, propter partium confessiones et articulos ad clariorem probationem usus longaevus in causis admisit: Nos usum hujusmodi observari volentes statuimus ut judex sic deputatus a nobis (nisi aliud de partium voluntate procedat) ad dandum simul utrisque terminum dare possit et ad exhibendum omnia acta et munimenta, quibus partes uti volunt in causa post dationem articulorum diem certam quandocunque sibi videbitur, valeat assignare: eo salvo quod ubi remissionem fieri contingeret, pro testibus producendis possint etiam instrumenta produci assignatione hujusmodi non obstante. , Interrogabit etiam partes sive ad earum instantiam sive ex officio ubicumque hoc aequitas suadebit. Sententiam vero definitivam (citatis ad id licet non peremtorie partibus) in scriptis et (prout magis sibi placuerit) stans vel sedens proferat, etiam (si ei videbitur) conclusione non facta prout ex petitione et probatione et aliis actitatis in causa fuerit faciendum. Quae omnia etiam in illis casibus in quibus per aliam constitutionem nostram vel alias procedi potest simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii volumus observari. Si tamen in praemissis casibus solennis ordo judiciarius in toto vel in parte non contradicentibus partibus observetur, non erit processus propter hoc irritus nec etiam irritandus.

In wenigen Worten enthält die Clementina Saepe eine vollständig neue, vom solennis ordo judiciorum grundsätzlich abweichende Prozeßordnung.

An Stelle der Pflicht, eine Klageschrift einzureichen, setzt sie die Zulassung mündlicher Verhandlung; indem sie die Pflicht zur Litiskontestation aufhebt und dem Richter die Befugniß giebt, dilatorische Einreden abzulehnen, legt sie in

Digitized by Google

den Prozeß den Keim der später sog. Eventualmaxime; an Stelle einseitig übertriebenen Verhandlungsprinzips setzt sie eine kräftige richterliche Prozeßleitung mit Fragerecht; an die Stelle der bedächtig fortschreitenden Substantialtermine setzt sie die diskretionäre Macht des Richters, in einem oder wenigen Terminen den gesammten Prozeßstoff zu erledigen und das Urtheil zu fällen, sobald ihm die Sache dazu reif erscheint. Von besonderer Wichtigkeit ist auch die Neuerung, von der die Appellabilität der Urtheile betroffen wurde; zwar enthält das Gesetz nur die wenigen Worte: appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, erreicht aber hat es damit die Inappellabilität der sog. sententiae interlocutoriae, indem man die Appellation dann versagte, wenn der Unterrichter der Beschwerde nicht selbst abhalf und ihr auch durch Anfechtung des Endurtheiles nicht abgeholfen werden konnte. [1])

Die Clementina Saepe erhielt bald, durch die im Jahre 1311 erlassene Clementina Dispendiosam (c. 2 Clem. 2, 1) eine Ergänzung und Begrenzung, indem die Fälle bezeichnet wurden, in denen das neue Verfahren zur Anwendung kommen sollte, sie wurde das Vorbild für die Gestaltung des Verfahrens in zahlreichen italienischen Statuten, in denen man über die Grundsätze des päpstlichen Gesetzes noch hinausging, [2]) sie fand Nachahmung in einer Konstitution Kaiser Heinrichs VII. und wurde Gegenstand jener wissenschaftlichen Behandlung, der wir die systematische Darstellung des kanonischen Prozeßrechts überhaupt verdanken. Blieb nun zwar in den geistlichen Gerichten der Gegensatz des solennis ordo und des vereinfachten Verfahrens nach der Clementina Saepe bestehen, so wurde das letztere doch in der Praxis der weltlichen Gerichte allmählich zum ordentlichen Verfahren. Damit wurde für die weltliche Gerichtsbarkeit der alte solennis ordo judiciorum verdrängt und die Clementina Saepe zur Grundlage der weiteren geschichtlichen Entwicklung des Prozeßrechts. Sie konnte das um so eher, als die allerdings schon damals entstandene und bis in die neuere Zeit festgehaltene Auffassung, als sei das Verfahren nach der Clementina ein „summarisches", unrichtig ist: denn die Clem. will nicht eine beschränkte, sondern nur „eine

[1]) Briegleb: Summ. Pr. § 14.
[2]) Briegleb § 10. Partile VI. 597sq.

Digitized by Google

formell vereinfachte und beschleunigte, aber materiell vollständige Cognition".

Sie schärfte damit das Verständniß für die Unterscheidung von nothwendigen Prozeßhandlungen und unnöthigem Formalismus und für die Grenzen zwischen unbeschränkter Bethätigung der Parteidisposition und richterlicher Prozeßleitung und zeigte den Weg, auf dem man rascher als früher zum Ziele gelangte, ohne die Gründlichkeit der Entscheidung zu gefährden. Sie steht deshalb auch höher als diejenigen italienischen Statuten, von denen zwar die Anregung zur Prozeßreform ausgegangen war, die eine Abkürzung der Prozesse aber nur durch gewaltsame Mittel erreichten.

§ 36. Aus den italienischen Statuten nahm man ferner Anregung und Grundlagen für die Ausbildung von Prozedurformen, die auf schleunige Feststellung einfacher, klarer, insbesondere verbriefter Ansprüche gerichtet waren.

1. [1]) Im germanischen, insbesondere auch im longobardischen Rechte war es dem Richter gestattet, auf einseitiges Andringen einer Partei an den Gegner ein Erfüllungs- oder Zahlungsgebot zu richten; erhob der also Aufgeforderte nicht binnen bestimmter Frist Widerspruch, veranlaßte er nicht auf diese Weise ein kontradiktorisches Verfahren, so wurde der Zahlungsbefehl vollstreckbar. In der Doktrin fand anfangs aber nur die in den Quellen des römischen Rechts [2]) zugelassene einstweilige Einstellung eines opus novum Beachtung, und aus der einstweiligen Sistierung der Bauthätigkeit machte man ein vom Richter auf Antrag des Nuntianten ohne Sachuntersuchung erlassenes, vom Gegner nur durch Widerspruch zu entkräftendes Bauverbot. Indessen noch im dreizehnten Jahrhundert findet bei den italienischen Juristen, insbesondere bei Durantis, das in der Praxis bestehende Institut des bedingten Zahlungsbefehles Besprechung und Anerkennung (item quia sic consuetum est fieri et ideo sic observandum est), in den folgenden Jahrhunderten aber als eine unzweifelhaft zulässige, dem praktischen Bedürfnisse durchaus entsprechende Einrichtung eine eingehendere Behandlung.

---

[1]) Skedl: Das Mahnverfahren. 1891.
[2]) L. 1 pr. 5 § 10 D. de op. novi nunt. 39, 1.

Digitized by Google

2. Einen ähnlichen Weg hat die Entwicklung des Exekutivprozesses genommen.[1])

Dem longobardischen, wie allen germanischen Rechten war rücksichtslose Härte in der Verfolgung unzweifelhafter Verpflichtungen eigen. In dem hier besonders interessirenden Schuldrechte der Longobarden erhielt sich, auch nachdem mildere Sitten Platz gegriffen hatten, ein Rest dieser alten Strenge im Selbstpfändungsrechte des Gläubigers. Dieses Recht wurde aber nur dem gegeben, dem es von seinem Schuldner vertragsmäßig und schriftlich eingeräumt worden war, und es gab dem Gläubiger die Befugniß, bei Eintritt der Fälligkeit die ihm besonders vorgeschriebene oder die ihm geeignet erscheinende Sache zu pfänden. Man war damit noch vor der Wiederbelebung des römischen Rechtes zu dem Grundsatze gelangt, daß es zur Einräumung des Exekutionsrechtes nur einer bündigen Erklärung des Schuldners bedürfe. Das römische Recht kannte einen solchen Grundsatz nicht, in der Praxis aber war er in allgemeiner Uebung und von um so größerer Brauchbarkeit, je mehr der aufblühende Handel der italienischen Städte der Kräftigung des Personalkredits und damit eines Mittels bedurfte, kreditirte Forderungen rasch zu realisiren. Der romanistischen Jurisprudenz erwuchs damit die Aufgabe, jenes praktische Rechtsinstitut an römisch-rechtliche Grundsätze anzuknüpfen und dadurch in ihrem Sinne zu sanktioniren, und sie löste diese Aufgabe, indem sie das Selbstpfändungsrecht den römischen Grundsätzen von der confessio in jure unterwarf. Der Satz: confessus pro judicato habetur wurde auf denjenigen Schuldner angewendet, der vor Gericht oder vor einem Notar das Bekenntniß seiner Schuld abgelegt und von der Urkundeperson das zur Zwangsvollstreckung erforderliche praeceptum de solvendo erhalten hatte. Die Jurisprudenz griff in der ersten Zeit zu einem Scheinprozesse, da man auf anderem Wege zu einem vor dem Richter abgegebenen Anerkenntnisse nicht gelangen konnte, aber dieses Mittel gab nur die äußere Legitimation zu einem Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit, dessen Vornahme man daher auch den Notarien einräumte.

---

[1]) Briegleb: Ueber exekutorische Urkunden und Exekutivprozeß. I. 2. Aufl. 1845. Wach: Ital. Arrestprozeß 1868. Pertile VI. 608 sq.

Digitized by Google

Die Urkunden, welche auf diese Weise zu Stande kamen, nannte man instrumenta confessionata oder häufiger guarentigiata. [1])

Das war aber nur die Art und Weise, wie die romanistische Jurisprudenz dieses deutschrechtliche Institut sich zurechtlegte. Sie beschäftigte sich mit ihm eingehend und in steter Anlehnung an die Entwicklung, die es im italienischen Gewohnheitsrecht durchmachte. Dieses selbst bedurfte des römischen Mantels nicht, mit dem man dies praktische Institut zu umkleiden suchte, wie am besten daraus hervorgeht, daß man hier auch Privaturkunden, bei denen von der Fiktion eines Prozesses und einer confessio in jure doch nicht die Rede sein konnte, die gleiche Kraft beilegte, wie öffentlichen, wenn sie nur die Klausel enthielten, daß der Schuldner sich der Exekution unterwerfe. [2]) Diese Entwicklung steht in engem Zusammenhange mit der Ausbildung des Wechsels und des Wechselverkehres. Auch diese Ausdehnung erkannte die romanische Jurisprudenz an.

Während aber früher mit dem praeceptum de solvendo dem für den Beginn der Zwangsvollstreckung aufgestellten Erfordernisse Genüge geleistet, der Gläubiger also ohne weiteres berechtigt war, bei Gericht die Einleitung der Exekution zu beantragen, bedurfte es nunmehr der richterlichen Cognition darüber, ob die Urkunde, auf welche sich der Gläubiger berief, in der That den Erfordernissen einer guarentigiirten entspreche. So entstand ein besonderes Prozeßverfahren, bei dem der Kläger dem Gegner und dem Gericht die Urkunde vorzulegen, der Beklagte zu erklären hatte, ob die Urkunde von ihm herrühre oder nicht und der Richter die Aufgabe hatte, die Exekutionsfähigkeit der Urkunde durch Urtheil anzuerkennen oder zu verneinen. Dieser Prozeß ist der Exekutivprozeß. Worin sein Unterschied vom gewöhnlichen Prozesse liegt, giebt Briegleb a. a. O. S. 84 treffend an in den Worten: „Gegenstand des Exekutivprozesses ist ausschließlich die exekutive Beitreibung der in einer guarentigiirten Urkunde versprochenen Leistung, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung zu dieser Leistung rechtlich wirklich besteht, während der gewöhnliche Prozeß zunächst gerade auf die richterliche Anerkennung dieser Ver-

[1]) Guaran = Sicherheit.
[2]) Briegleb a. a. O. S. 87. Pertile VI. 613.

Digitized by Google

pflichtung, auf den Ausspruch der Schuld des Beklagten in der Hauptsache gerichtet ist und nur mittelbar zur Exekution führt".

Damit ist der Ausschluß aller die Schuld selbst betreffenden Einreden des Schuldners ohne weiteres gegeben. Die italienischen Juristen brauchten von diesem Verfahren denn auch den Ausdruck proceditur executive, Worte, aus denen man später die Bezeichnung Exekutivprozeß bildete, die aber nichts anderes sagen wollten, als daß mit der Exekution verfahren werde. Schob sich doch zwischen den Antrag des Gläubigers auf Exekution und die richterliche Anordnung der Zwangsvollstreckung nur die durch den Richter zu treffende Feststellung ein, daß die Exekution zulässig sei.

So einfach blieb das Verfahren aber nicht lange. Als sich die Doktrin eingehender mit der neuen Rechtseinrichtung beschäftigte, fand sie, damit wieder an die Lehre von der confessio anknüpfend, daß diejenigen Einreden, durch welche man die Gültigkeit oder Wirksamkeit einer confessio anfechten konnte, auch der guarentigiirten Urkunde entgegenstehen müßten. Man knüpfte ferner an die Gleichstellung der confessio mit der sententia an und erklärte daher, daß gegen die guarentigiirten Urkunden dieselben Einwendungen zugelassen werden müßten, welche man der Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils entgegensetzen konnte. Man gestattete daher Einreden gegen die materielle Gültigkeit des in der Urkunde abgegebenen Versprechens sowie gegen die noch jetzt wirkende Fortdauer des durch die Urkunde geschaffenen Anspruchs, hielt aber an dem Gedanken fest, daß das durch solche Einreden sich entwickelnde Verfahren nur die vom Richter verlangte Anordnung der Exekution in Frage stelle, und verlangte deshalb, daß der Schuldner sein Vorbringen sofort beweise; war er hierzu nicht im Stande, so wurde die Einleitung der Exekution nicht verhindert. Man ließ aber in einem solchen Falle die condictio des Schuldners auf Erstattung des zu Unrecht beigetriebenen und auch eine condictio instrumenti, eine Klage auf Ungültigkeitserklärung der Urkunde, zu. Diese Klagen wurden im ordentlichen Prozeßverfahren erörtert. Aber auch im Exekutivverfahren waren andere als Urkundenbeweise zulässig: legte der Kläger eine Privaturkunde vor, und bestritt der Beklagte ihre Echtheit, so war dem Kläger jedes Beweismittel für die Echtheit gestattet, schlimmstenfalls hatte der Schuld-

Digitized by Google

ner ihre Unechtheit zu beschwören. Auch zum Nachweise der Einreden waren an vielen Orten andere Beweismittel als Urkunden gestattet.

3. Aus dem longobardischen Selbstpfändungsrechte entwickelt sich aber auch der Arrestprozeß.[1])

Bis in das späte Mittelalter hinein legte man den Vertrag, durch den der Schuldner dem Gläubiger das Recht einräumte, durch Selbstpfändung Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu suchen, das pactum de ingrediendo possessione, dahin aus, daß der Gläubiger ohne Anrufung des Richters eigenhändig aus dem Vermögen des Schuldners nehmen und zu seiner Befriedigung verwenden dürfe, was ihm beliebte. Als aber geregeltere Zustände eintraten, suchte man dieses Recht Beschränkungen zu unterwerfen. Die romanistische Jurisprudenz suchte es durch römischrechtliche Sätze zwar zu begründen, aber damit auch einzuengen. Sie zog die l. 3 Cod. de pign. 8, 14 heran. Diese aber sagte: Creditores qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.

Man gelangte so zu der Ansicht, daß das pactum de ingrediendo einem pactum hypothecae gleichstehe und nur einen Anspruch auf Sicherstellung gewähre, daß dieser Anspruch aber vor dem Richter verfolgt werden müsse, oder daß es wenigstens der Rechtfertigung des vollzogenen Pfändungsaktes vor dem Richter bedürfe.

In dieser Gestalt diente das Institut zunächst zur Verfolgung von Rechtsansprüchen gegenüber Fremden, die in der Gemeinde des Gläubigers Schuldverbindlichkeiten eingingen mit kurzer Kreditfrist, und deren Vermögen also von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden konnte, so lange sie sich noch in der Gemeinde jenes befanden. Es war der Gedanke, daß die Unsicherheit, die der Rechtsverfolgung gegen die Angehörigen fremder Staaten anhaftete, zu besonderen Maßregeln berechtige. Es lag nichts näher, als in jeder ökonomischen Unsicherheit den Grund für die Zulässigkeit besonderer Maßnahmen zu finden, und man gelangte zu der Auffassung, daß der Eintritt einer solchen Maßnahme auch

[1]) S. darüber das mehrfach angeführte Werk von Wach: Der italienische Arrestprozeß. 1868.

Digitized by Google

ohne pactum de ingrediendo dem Gläubiger das Recht gab, Sicherstellung zu verlangen. Diese Sicherstellung aber konnte ohne pactum jedenfalls nur durch Anrufung des Richters begehrt werden. So entwickelte sich ein von dem Prozesse über den Hauptanspruch getrenntes, auf bloße Kautionsleistung gerichtetes und mit ihr endendes Verfahren, das nothwendig rasch zum Ziele führen mußte, wenn anders es überhaupt seinen Zweck erreichen sollte, das also an den schleppenden Gang des romanischen Prozeßrechts nicht gebunden werden durfte. Man verlangte nichts weiter als Glaubhaftmachung des gefährdeten Anspruches durch sofort liquide Beweismittel und Nachweis des pactum de ingrediendo oder eines Umstandes, der den Schuldner unsicher erscheinen ließ, worauf der Richter dem Schuldner die Sicherheitsleistung aufgab oder dem Gläubiger das Recht einräumte, sich die Sicherheit selbst zu holen.

Diese ganze Entwicklung vollzog sich auf dem Boden des italienischen Rechts. Die Jurisprudenz hatte zunächst an ihr keinen anderen Antheil, als daß sie den damaligen milderen Sitten entsprechend das gewohnheitsrechtliche Institut erläuterte und römisch begründete. Erst später hat sie die ganze Rechtseinrichtung eingehend behandelt. Damit aber, daß sich die romanistische Jurisprudenz überhaupt mit ihm beschäftigte, hob sie es aus dem Kreise partikularer Rechtsbildung heraus zu einem Institute des romanisch-kanonischen Prozesses.

§ 37. Nachdem so durch die Clementina Saepe und die Behandlung deutschrechtlicher Institute durch die Wissenschaft des romanisch-kanonischen Rechts der Weg geebnet war für die Zulassung summarischer Prozeduren, entstand aus dieser Anregung heraus auf dem Boden des gemeinen Rechts eine andere abgekürzte Verfahrensart, das sog. possessorium summarium. [1])

Spätere Kanonisten, insbesondere auch Durantis, gaben dem Richter das Recht, der bei Besitzstreitigkeiten häufigen Gefahr von Gewaltthätigkeiten dadurch vorzubeugen, daß er den mit Waffengewalt sich bedrohenden Parteien verbiete, irgendwelche Besitzhandlungen vorzunehmen, oder

[1]) Delbrück: Die dingliche Klage des deutschen Rechts. 1857. Bruns: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. §§ 28, 33, 44, 45. Derselbe in Bekker's Jahrbüchern des gem. deutschen Rechts. IV. S. 1 ff.

Digitized by Google

daß er das Streitobjekt in gerichtliche Obhut (Sequestration) nehme. Man konnte sich hierfür auf l. 13 § 3 D. de usufr. 7, 1 berufen, man schuf also nichts neues, wenn man den Richter darauf hinwies, daß ihm eine solche Befugniß zustehe. Es konnte aber geschehen, daß die Partei, die sich über verübte oder drohende Waffengewalt des Gegners beklagte und ex interdicto retinendae possessionis klagen wollte oder schon geklagt hatte, dem Richter klar machen konnte, daß sie sich augenblicklich im Besitze befinde. Es erschien in solchem Falle unbillig, ihr durch jenes richterliche Machtgebot den Besitz zu nehmen und sie auf den Ausgang des Besitzprozesses zu vertrösten. Man gestattete daher dem Richter, diejenige Partei, welche ihm ihren gegenwärtigen Besitz wahrscheinlich machte, im Besitze zu belassen und dem Gegner, mochte auch auf seiner Seite das Recht zum Besitze sein, oder mochte er vorher im Besitze gewesen sein, bei Strafe die Störung des gegenwärtigen Besitzers zu verbieten (mandatum de manutenendo). Auch hier konnte ein wirkliches Rechtsschutzbedürfniß befriedigt werden nur bei möglichst summarischer Cognition. Man mußte deshalb illiquide Einreden, auch wenn sie erheblich waren, insbesondere die exceptio vitiosae possessionis, von dem Verfahren ausschließen und an den Antragsteller die Anforderung stellen, daß er die vor dem Antrage liegende jüngste Besitzhandlung sofort nachweise. Das Dekret, das hiernach vor oder während des Besitzprozesses erbeten und erlassen werden konnte (decretum de manutenendo), schützte demnach den jüngsten Besitz. Ein Schutzmittel dieser Art und mit dieser Wirkung zu gewähren, war umsomehr Veranlassung, als die Klage aus dem interdictum retinendae possessionis dem ordentlichen Prozeßgange folgte, diese Klage aber denjenigen schützte, welcher sich zur Zeit ihrer Erhebung im fehlerfreien Besitze befand. Nun wurde aber in jener Zeit der Satz vertreten, daß der, der einmal besessen, präsumtiv noch jetzt besitze, und wer nachweisen könne, daß er früher einst rechtmäßige Besitzhandlungen vorgenommen habe, noch gegenwärtig als fehlerfreier Besitzer angesehen werden müsse. [1]) Man folgte darin offenbar deutschrechtlichen Anschauungen, nach denen der, der früher besessen, als der zum Besitze Berechtigte galt. Jedenfalls war hiernach die

[1]) Cap. 9 X. de prob. 2, 19.

Digitized by Google

Möglichkeit vorhanden, daß im Besitzprozesse siegte, wer nachwies, daß er einst rechtmäßige Besitzhandlungen vorgenommen habe, und daher die Versuchung gegeben, die Besitzklage zu erheben, wenn man sich nur auf früher einmal vorgenommene fehlerfreie Besitzhandlungen berufen konnte. So wurde die Klage aus dem Interdikt zur Klage aus dem Recht zum Besitze, und es war gerechtfertigt, die Thatsache des gegenwärtigen, jüngsten Besitzes summarisch zu schützen.

§ 38. Endlich ist aus den Statutarrechten ein dem römischen Prozesse fremdes Rechtsmittel in den romanisch-kanonischen Prozeß übergegangen, das der Nichtigkeitsbeschwerde.[1])

Den Römern galt eine sententia nulla nicht als Urtheil; wer ihre Folgen gegen den unterlegenen Gegner geltend machte, wurde durch eine exceptio nullitatis geschlagen. Anders im Rechte der Germanen und also auch der Longobarden. Hier galt das Prinzip der Formalkraft des Urtheils. Jedes Urtheil, das nicht gescholten wurde, war jeder Anfechtung entzogen. Die Glossatoren und die Kanonisten folgten dem römischen Recht. In den Statutarrechten aber wirkte das longobardische Recht fort. Als jedoch auch hier das römische Recht Eingang fand und man auch hier zwischen der sententia iniqua, welche der Appellation unterlag und in Rechtskraft überging, wenn sie nicht angefochten wurde, und der sententia nulla, welche durch einfache e. nullitatis zu jeder Zeit beseitigt werden konnte, unterschied, beschränkte man den Begriff der Nullität doch auf einzelne, besonders geartete Fälle. Die anderen Fälle der Nichtigkeit mußten mittelst eines besonderen Rechtsmittels geltend gemacht werden. Geschah das nicht, so erlangte das Urtheil die Rechtskraft. Aus den Statutarrechten ging diese Lehre erst etwa mit Beginn des 14. Jahrhunderts in die romanische Jurisprudenz über.

Damit war nicht nur ein richtiger und praktischer Gedanke des deutschen Rechts in den romanischen Prozeß eingeführt, sondern auch der Grund gelegt für die später in Deutschland gemachte Unterscheidung zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten.

[1]) Skedl: Nichtigkeitsbeschwerde.

Digitized by Google

V. Abschnitt.

Die Aufnahme des romanisch-kanonischen Prozesses in Deutschland.

§ 39. Der vorige Abschnitt hatte den Zweck zu zeigen, wie in Italien römisches und deutsches Recht mit einander in Berührung kamen, wie zum ersten Male in der Geschichte von einem nach germanischem Rechte lebenden Volke römisches Recht recipirt und wie aus der Verbindung beider Elemente durch Vermittlung eines dritten Faktors, der päpstlichen Gesetzgebung, zumal auf dem Gebiete des Prozeßrechts, ein neues Gebilde geschaffen wurde. Derselbe geschichtliche Vorgang vollzog sich in anderen Kulturländern, so in Spanien, besonders aber im Süden Frankreichs. Daß hier überall das deutsche Recht die Oberhand behalten hätte, wird man nicht behaupten können.

Wunderbarer noch ist die Erscheinung, daß das im wesentlichen fremde Recht in Deutschland selbst Eingang fand und, wenngleich allmählich und langsam, doch zu einem Ansehen gelangte, als ob die Gesetze der römischen Kaiser und der Päpste, ja als ob die Schriften der römischen und der italienischen Juristen für Deutschland verbindliche Kraft besessen hätten.

Diese unter dem Namen „Reception des römischen Rechts" bekannte geschichtliche Thatsache bedarf auch hier einer eingehenderen Würdigung. Denn mag man unser gegenwärtig geltendes Prozeßrecht als eine Fortbildung des in Folge der Reception entstandenen sog. gemeinen Rechts oder als eine Weiterentwicklung des durch das französische Recht für moderne Verhältnisse umgestalteten romanisch-ka-

Digitized by Google

nonischen Rechts ansehen,[1]) in jedem Falle war die Aufnahme des fremden Prozesses eine für die geschichtliche Entwicklung dieses Zweiges des Rechts so außerordentlich wichtige Thatsache, daß sie nicht mit der Erklärung, wir hätten auf dem Gebiete des Prozeßrechts die Folgen der Reception überwunden, erledigt werden darf.

Die Darstellung läßt sich auch nicht dadurch vereinfachen, daß auf die unzweifelhafte Thatsache der Aufnahme des fremden Civilrechts verwiesen und die Aufnahme des Prozeßrechts als eine Folge dieser Thatsache bezeichnet wird. Es muß allerdings auch bei der Erörterung dieser zweiten Reception wiederholt werden, was schon bei der Darstellung der Reception des römischen Prozesses bei den Longobarden betont worden ist: daß nämlich das römische Aktionenrecht nicht angewendet werden kann, wenn man nicht die letzten Grundlagen des römischen Prozesses mit aufnimmt. Damit würde aber nicht die auffallende Erscheinung erklärt sein, daß die Aufnahme des fremden Prozesses an den meisten Stellen der Aufnahme des fremden Civilrechts vorangegangen ist, und daß man nicht, statt den fremden Prozeß ganz herüberzunehmen, den einheimischen Prozeß nur soweit umgestaltet hat, als die Anwendung des Aktionenrechts dies unbedingt erforderte. Man kann sicherlich über die Behauptung nicht hinausgehen, daß die Reception des Prozesses und die des Privatrechts mit einander in Wechselwirkung gestanden habe: wo man die romanischen Prozeßformen annahm, mußte man die Aktionen und Exceptionen des römischen Civilrechts an die Stelle der deutschrechtlichen Klageneintheilung setzen, und wo man das Aktionenrecht anwendete, konnte man sich der Herübernahme des romanischen Prozeßrechts unmöglich entziehen.

Die nachstehende Darstellung soll zuerst die Frage erörtern, warum man den romanisch-kanonischen Prozeß herübernahm, und sich dann zu der Besprechung wenden, wie diese Reception vor sich gegangen ist.

---

[1]) Die erstere Ansicht vertritt Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Bd. I. (1887), besonders S. 499 und in der Festrede: Ueber die hist. Methode auf dem Gebiet des deutschen Civilprozeßrechts, München. 1889; die letztere Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältniß. 1888. S. 5 Anm. S. auch Seuffert in der krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 17. S. 485 ff.

Digitized by Google

§ 40. Daß ein ganzes großes Volk sich von seinen heimischen Rechtseinrichtungen trennt und durchaus fremde, noch dazu in fremder Sprache überlieferte, also für den größten Theil des Volkes unverstandene Institutionen willig bei sich aufnimmt oder sich von einer bevorzugten Gesellschaftsklasse aufnöthigen läßt, das ist eine so auffallende Erscheinung, daß man sie nicht mit der landläufigen Erklärung, man habe das römische Recht als bindend angesehen, abthun kann. Es muß in weiten Kreisen des Volkes ein wirkliches Bedürfniß nach Aufnahme des fremden Rechts vorhanden gewesen sein.

Ein solches Bedürfniß war thatsächlich vorhanden und durch den Zustand der einheimischen Rechtsquellen selbst hervorgerufen.

Zwar gab es in Deutschland schon im 14. Jahrhundert eine unübersehbare Fülle von Rechtsquellen, jedes Land, jede Stadt, jede Gemeinde hatte ihre eigenen Rechtsnormen, aber keine der vorhandenen Sammlungen von Rechtssätzen umfaßte sämmtliche Gebiete des bürgerlichen Lebens, und wo wie in den sog. Spiegeln eine größere Anzahl erprobter, in der Rechtsüberzeugung des Volkes wurzelnder Rechtssätze geboten wurde, da fehlten doch allgemeine, die unvermeidlichen Lücken der Aufzeichnung ergänzende Grundsätze. Es wäre das an sich kein Nachtheil gewesen, wenn diejenigen Kreise, welche zur Anwendung und Fortbildung des Rechts berufen waren, der Aufgabe, aus dem unversieglichen Quell der Rechtsüberzeugung feste, allgemein verwendbare Rechtssätze zu schöpfen, gewachsen geblieben wären. Gerade die Unsicherheit, die dem unbeschränkten Walten bloßen Gewohnheitsrechts anhaftet, das Schwanken zwischen bloßem Meinen und wirklicher Ueberzeugung führte zu der Aufzeichnung einzelner, besonders wichtiger Normen des Gewohnheitsrechts. Mit diesen Sammlungen, ja selbst mit ungeschriebenem Gewohnheitsrechte war auszukommen da, wo das Volk in den alten, einfachen, ländlichen Lebensverhältnissen fortlebte. Die zunehmende Bedeutung der Städte aber, die sich zur Wahrung ihrer Handelsinteressen in mächtigen, umfassenden Bündnissen vereinigten, der Aufschwung von Handel und Verkehr, die fortschreitende Scheidung der Berufsklassen und ihrer Interessen, mit einem Worte die wirthschaftliche Entwicklung stellte an das positive Recht und an die, die zu seiner Fortbildung berufen waren, neue und schwierige Aufgaben. Die meist konkret gefaßten Rechts-

Digitized by Google

sätze versagten sich einer Uebertragung auf andere Lebensverhältnisse, und das Vertrauen auf die Rechtskunde der zum Urtheilen berufenen Schöffen konnte da, wo die besonderen Rechtsanschauungen specieller Interessenkreise in Frage kamen, nicht mehr den Mangel eines geschriebenen Rechtes ersetzen. Die Folge war eine zunehmende Rechtsunsicherheit und mit ihr das Verlangen nach einem einheitlichen, geschriebenen Recht mit festen, leitenden Grundsätzen. Man sah, daß die blühenden Städte Italiens sich eines gesicherten Rechtszustandes erfreuten; kein Wunder also, daß man im römischen Rechte zu finden hoffte, was man suchte: ein sicheres Verkehrsrecht.

Hierzu kam die völlige Entartung des altgermanischen Prozeßrechts. Dieses Recht reichte selbst in seiner klassischen Zeit gerade für die einfachsten Streitfragen des ländlichen Lebens aus. In den Hundertschaften und Grafschaften lagen die Erlebnisse und Verhältnisse jedes einzelnen Genossen der gesammten Gemeinde offen, alle wichtigeren Rechtsakte und alle Streithändel wurden vor der unbeschränktesten Oeffentlichkeit verhandelt, die Rechtsbegriffe, deren man dabei bedurfte, waren so einfacher Natur, daß man ihre richtige Beurtheilung jedem verständigen Manne wohl zutrauen durfte. In der ausgedehnten Zulassung des Parteieneids, der in den zahlreichsten Fällen überdies der Garantie mehrerer Eideshelfer bedurfte, lag also keine Gefahr. Aber dieses ganze, in seiner Art bewundernswerthe Verfahren mußte verfallen, sobald man ihm sein Lebenselement, das unbedingte Vertrauen in die Urtheilsfähigkeit und Rechtlichkeit des Einzelnen, und die Oeffentlichkeit des gesammten Rechtslebens der Gemeindegenossen entzog. Wo die Gemeinde so groß wurde, daß man den Einzelnen nicht mehr genau kannte, wo in Folge dessen das Interesse der Gemeindeglieder an dem Rechtsleben der Genossen sich abschwächte, wo die wirthschaftliche Thätigkeit den Einzelnen vollauf in Anspruch nahm und vom öffentlichen Leben fern hielt, da mußte vor allem das Vertrauen erschüttert werden, das man bisher der beschworenen Rechtsbehauptung der Partei entgegenbrachte, und die Gewinnung der nöthigen Zahl von Eideshelfern mußte auf Schwierigkeiten stoßen. Es mußte das Bedürfniß einer Nachprüfung der von der Partei aufgestellten Rechtsbehauptung durch den Richter, es mußte namentlich aber das Bedürfniß nach der

Digitized by Google

Zulassung eines Gegenbeweises erwachen. Verlangte man aber die Auflösung der Rechtsbehauptung in die zu ihrer Begründung gehörenden Thatsachen, so mußte man auch dem Richter die Befugniß einräumen, die Schlüssigkeit der Thatsachen zu prüfen, und ließ man einen Gegenbeweis zu, so gewährte man dem Richter die Befugniß, über das Beweisergebniß nach eigener Ueberzeugung zu entscheiden. Damit wären die charakteristischen Eigenthümlichkeiten des altgermanischen Prozesses verloren gegangen. Wie sehr die Rechtsentwicklung dahin drängte, zeigt z. B. der Civilprozeß Bremens vom Jahre 1433. [1]) Dort hatte man sich von dem altsächsischen Prozesse, wie ihn etwa der Richtsteig Landrechts wiedergiebt, bereits so weit entfernt, daß die Parteien die Streitsache in zwangloser Rede und Gegenrede erörterten, der Richter ein Fragerecht übte, daß der Eineid der Partei nicht die rechtlich formulirte Behauptung, sondern die vom Gegner behauptete Thatsache verneinte, und daß der Urkundenbeweis eine gegen das frühere Recht bedeutende Rolle spielte. Man ersieht aus diesem einen Beispiele, daß die Aenderungen, die das alte formalistische Verfahren in einem verkehrsreichen Gemeinwesen erleiden mußte, den Grundlagen des römischen Prozesses sich annäherten.

Dazu kam, daß die Formenstrenge des alten Prozesses zu leerem Formalismus wurde (II. 1. § 54), ein Umstand, der sich damit erklärte, daß man das Verständniß für die Bedeutung der Form verloren hatte. Der Glaube an die Unfehlbarkeit der Gottesurtheile war längst geschwunden, aber auch daran konnte man im 14. und 15. Jahrhundert schwerlich mehr glauben, daß die Erfüllung einer gewissen Förmlichkeit die Garantie für die Wahrheit bestimmter Behauptungen bieten könne.

Ob das deutsche Rechtsleben in dieser Zeit noch diejenige Gestaltungskraft besaß, die zu einer zeitgemäßen Besserung des Verfahrens hätte führen können, ist mehr als zweifelhaft. Von der Gesetzgebung des Reiches oder der Territorien war zu dieser Zeit eine Reform des bestehenden Rechts jedenfalls nicht zu erwarten. Man hatte eine solche Reform auch gar nicht nöthig. Bot doch das römische Recht und der römisch-kanonische Prozeß die beste Abhülfe. Die

[1]) Kühtmann: Die Romanisirung des Civilprozesses in der Stadt Bremen. 1891.

Digitized by Google

deutschen Kaiser seit Otto III. wiederholen mit voller Entschiedenheit immer wieder den Satz, daß sie die Nachfolger der römischen Kaiser, die Gesetze dieser ihre eigenen Gesetze seien. Wer dem deutschen Könige unterworfen war, glaubte sich daher an die im corpus juris enthaltenen Gesetze jedenfalls in dem Falle gebunden, daß er in seinem heimischen Rechte eine Entscheidung nicht fand. Auch die päpstlichen Dekretalen gelten als allgemein verbindliche Gesetze, und mit dem Verfahren, das die Kirche handhabte, war man überall in Deutschland bekannt geworden, da die geistliche Gerichtsbarkeit bei der Ausdehnung, die sie auch in Deutschland hatte, zahlreiche Laien beherrschte. Das Verfahren aber, das hier gehandhabt wurde, war das romanisch-kanonistische, wie es im vorigen Abschnitte dargestellt worden ist. Für seine Verbreitung sorgten seit langem zahlreiche Schriften. Schon im Jahre 1227 erschien in Deutschland ein Lehrbuch des kanonischen Prozesses (ordo judiciarius) und im Jahre 1405 kam das berühmte Werk von Johannes Urbach heraus, das mehr als alle anderen dazu beitrug, die Kenntniß dieses Prozeßrechts in Deutschland zu verbreiten. Zahlreiche, in deutscher Sprache verfaßte populäre Werke ermöglichten dem Ungelehrten das Studium des kanonischen Prozesses, denn seiner Anwendung stand in dieser Zeit noch die Schwierigkeit seines Studiums entgegen. [1])

Es war aber nicht nur der äußerliche Umstand, daß man das fremde Recht für das eigene hielt und es seit langem kannte, was seine Anwendung in Deutschland empfahl: dieses Recht befriedigte außerdem ein wissenschaftliches und ein lebhaftes praktisches Bedürfniß.

Namentlich war es, wie einst in Italien, die Errichtung gelehrter Schulen, was Sinn und Verständniß für das gelehrte römische Recht und für die Schriften seiner Bearbeiter auch in Deutschland weckte und verbreitete. Es sei nur daran erinnert, daß, nachdem in Prag im Jahre 1348 die erste deutsche Universität errichtet worden war, in rascher Aufeinanderfolge eine größere Anzahl anderer Universitäten in Deutschland entstand. [2]) Daß das heimische Recht dem lebhaften Bedürfniß nach wissenschaftlicher Thätigkeit,

[1]) v. Stintzing: Geschichte der popul. Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland. 1867. S. 337 ff.

[2]) Bis 1506 entstanden 16 Universitäten, im 16. Jahrhundert dann noch vier.

Digitized by Google

das auf jenen Schulen Befriedigung suchte, nicht entsprechen konnte, ist bei dem Zustande, in dem sich die dürftigen Aufzeichnungen partikulärer Rechtsnormen befanden, nicht zu verwundern. Zum Gegenstande des akademischen Unterrichtes konnte auch in Deutschland nur diejenige Rechtswissenschaft gemacht werden, die in Italien und auf der auch von Deutschen vielbesuchten Pariser Universität gepflegt wurde. Hierin liegt die Erklärung dafür, daß man im Prozeßrecht gerade die romanisch-kanonistische Lehre herübernahm. In Italien war eine fertige, durchgebildete Rechtswissenschaft vorhanden, man brauchte sich diese nur anzueignen, um dem wissenschaftlichen Bedürfniß zu genügen. Die italienische Lehre enthielt aber, wie gezeigt, schon lange nicht mehr römisches Recht. Mit dem reinen römischen Rechte hätte man auf dem Gebiete des Prozesses auch nichts anzufangen gewußt, und so lehrte man auch in Deutschland nicht, was im corpus juris stand, sondern was Durantis, Johannes Andreä und spätere Schriftsteller in ihren Schriften als das Prozeßrecht schlechthin vorgetragen hatten.

Auch die Praxis glaubte in dem fremden Prozeßrecht zu finden, was sie suchte: ein Verfahren, das voll von Anklängen an das heimische Prozeßrecht doch an Stelle des leeren Formalismus, in den das deutsche Beweisrecht gerathen war, ein System von Grundsätzen enthielt, die der Erfahrung des täglichen Lebens entsprungen eine rationelle Würdigung der Beweise und damit eine wirkliche Aufklärung verwickelterer Thatbestände ermöglichten.

§ 41. So war für den Einzug des fremden Rechts der Weg geebnet. Der Verfall des einheimischen Rechtes, insbesondere des Beweisrechts, auf der einen Seite, die Vorzüge des fremden Rechtes, das geeignet schien, Theorie und Praxis in gleicher Weise zu befriedigen, auf der andern Seite, machen den Vorgang der Reception erklärlich. Der Mangel an Kraft, aus sich selbst heraus etwas neues zu schaffen, in Verbindung mit der Vorstellung, daß jenes gelehrte Recht eigenes, nicht fremdes Recht sei, erzwangen seine Anwendung. Was seiner unvermittelten Uebertragung im Wege stand, war nicht etwa das deutsche Nationalgefühl, das in dem Rechte der römischen Kaiser und Päpste eine dem Deutschthum fremde, ja feindliche Macht erblickt hätte, das war vielmehr die Schwierigkeit der Anwendung des fremden Rechts. Nicht nur, daß seine Quellen in einer nur

Digitized by Google

wenigen verständlichen Sprache geschrieben waren, sondern auch, daß seine Kenntniß nur durch ein eingehendes Studium erworben werden konnte, machte seine Anwendung überall da unmöglich, wo die Gerichte mit ungelehrten Schöffen besetzt waren. Die Verbreitung des fremden Rechts konnte nur von den Gelehrten ausgehen und sich nur mit der völligen Verdrängung der Volksrichter vollenden. Das konnte nicht mit einem Male geschehen. Auch die Gesetzgebung konnte nicht mit einem einzigen Ausspruche das einheimische Recht für aufgehoben und das fremde Recht für eingeführt erklären. Auch sie vermochte erst einzugreifen, nachdem ihr durch die Gelehrten vorgearbeitet war.

Seitdem in Bologna und Paris jene berühmten Rechtsschulen entstanden waren, auf denen römisches und kanonisches Recht nicht nur vorgetragen, sondern den Bedürfnissen des modernen Lebens entsprechend fortgebildet wurde, zogen zahlreiche wißbegierige Deutsche über die Alpen und über den Rhein, um römisches Recht zu studiren. Sie kehrten heim in dem Bewußtsein, nicht etwa das Recht einer vorgeschrittenen Nation kennen gelernt und damit den Grund für eine Fortbildung des vaterländischen Rechts gelegt zu haben, sondern eben weil man nicht den Gegensatz von nationalem und fremdem Rechte, sondern von „Aberwitz" und „Wissenschaft" machte, in der Vorstellung, das Recht kennen gelernt zu haben. Sie waren die einzigen Träger dieser Kenntniß, weil Bücher, die das römische Recht hätten verbreiten können, fehlten. Auch als man in Deutschland selbst Gelegenheit fand, das Recht zu lernen, und als so die Zahl derer, die über den kostbaren Besitz jener Rechtskenntniß verfügten, naturgemäß größer wurde, erhielt sich das hohe Ansehen der Rechtsgelehrten. Fürsten und Städte wandten hohe Summen auf, um einflußreiche, leitende Stellen mit juristisch gebildeten Personen zu besetzen und damit die Anwendung des wissenschaftlichen Rechts in ihrem Machtgebiete zu ermöglichen. Von diesen Personen, die mit Verachtung auf das partikulare, ihnen selbst unbekannte Recht und auf seine Vertreter, die ungelehrten Schöffen, herabsahen, ging ein stillwirkender, aber unabläßiger und nachhaltiger Einfluß zu Gunsten des römischen Rechts aus. Das Bestreben, die unbequem gewordenen und unverständlichen Formen des deutschen Prozesses zu vermeiden, hatte dazu geführt, daß in zahlreichen Fällen die Entscheidung eines Schiedsrichters angerufen

Digitized by Google

wurde. Als solcher bot sich naturgemäß der Mann dar, der Rechtskenntniß besaß und den das landesherrliche Vertrauen an eine hervorragende Stelle berufen hatte. Daß diese Schiedsrichter nur das ihnen bekannte römische Recht anwandten und bei den Verhandlungen mit den Parteien sich nach den Formen des romanischen Prozesses richteten, bedarf keiner Erklärung. Man darf aber den Einfluß dieser kompromissarischen Gerichtsbarkeit der Doktoren nicht überschätzen. Sie konnte nicht weiter wirken, als daß sie einige Kenntnisse des römischen Rechts verbreitete und im Publikum das einheimische Prozeßverfahren weiter diskreditirte.[1]) Ungleich wichtiger für die Reception des fremden Prozeßrechts war jedenfalls das Eindringen der Gelehrten in die Schöffenkollegien. Je mehr Gelehrte in die Hofgerichte der Landesherren berufen wurden, je häufiger in wichtigen Rechtshändeln gelehrte Fürsprecher für die Parteien auftraten, je mehr es üblich wurde, das Amt des Gerichtsschreibers einem Kleriker oder doctor juris zu übertragen, desto peinlicher wurde die Lage des ungelehrten Urtheilsfinders, desto strenger wurden bei der Prozeßverhandlung die Grundsätze des romanischen Prozeßrechts zur Geltung gebracht. Den Schöffen blieb nichts anderes übrig, als sich selbst die Kenntniß des fremden Rechts zu verschaffen und nach ihm nicht nur zu urtheilen, sondern auch zu verfahren. Dem Drange nach eigener Belehrung im fremden Rechte kam etwa seit Mitte des 15. Jahrhunderts ein eigener Zweig der Litteratur, die populäre Rechtslitteratur, entgegen. Zahlreiche systematische Arbeiten, Formelsammlungen, Anleitungen zur Anfertigung von Prozeßschriften geben neben wenigen, nur dem wirklichen Gelehrten zugänglichen und überaus theuren wissenschaftlichen Werken Gelegenheit, sich einige oberflächliche Kenntnisse des fremden Civil- und Prozeßrechts zu verschaffen. Gerade die Halbgelehrten aber suchten ihre Kenntnisse zur Geltung zu bringen. So unterstützten sie den wirklichen Gelehrten in der Durchführung der Grundsätze des gelehrten Rechts.[2])

---

[1]) Ueber den Einfluß der kompromissarischen Thätigkeit der doctores gehen die Ansichten auseinander. Sehr hoch wird er angeschlagen von Stölzel in seinem Werke: „Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in Deutschland" 2c. 1872. Gegen diese Auffassung Rosenthal: Geschichte des Gerichtswesens und der Verwaltungsorganisation Baierns. I. 1889.

[2]) v. Stintzing: Geschichte der pop. Lit. des röm.-kan. Rechts in Deutschland. 1867.

Digitized by Google

Unter den gelehrten Werken, die in Deutschland am meisten Einfluß gewannen, steht der im Jahre 1405 von Johannes Urbach in Erfurt verfaßte processus judicii obenan,[1]) ein Werk, das vollständig auf dem Boden der italienischen Doktrin steht und die Lehre des Durantis und anderer Prozeßschriftsteller wiedergiebt. Schon vorher aber hatte das bereits erwähnte Werk, das wahrscheinlich in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts als ordo judiciarius in Deutschland verfaßt worden ist und später unter dem Namen des Johannes Andreä weite Verbreitung fand, für die Kenntniß des römischen Prozesses gesorgt.[2]) Ebenso hatte das oben (§ 14) erwähnte Werk von Stynna, das in Pommern entstanden war und unter dem Namen Speculum abbreviatum sich streng an Durantis anlehnte, aber die Clementina Saepe berücksichtigte, weite Verbreitung in Deutschland gefunden. Unter den populären Werken seien hervorgehoben der in der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts entstandene, irrthümlich Sebastian Brant zugeschriebene Klagspiegel und Ulrich Tennglers im Jahre 1509 verfaßter Laienspiegel. Beide Werke verfolgten den Zweck, den bei der Rechtspflege betheiligten Laien als Handbuch zu dienen. Die Benutzung von Rechtsaufzeichnungen war in den deutschen, namentlich den sächsischen Schöffengerichten nichts neues mehr; man suchte bei der Verwirrung, die in Folge der Zweifelhaftigkeit und Unsicherheit des Gewohnheitsrechts entstanden war, geradezu nach Rechtsbüchern, die dem Schöffen doch einigen Anhalt boten. So war denn auch längst da, wo man Aufzeichnungen besaß, an Stelle der früher vom Urtheilsfinder geübten Rechtsproduktion die subsumirende Thätigkeit des nach einem Gesetzbuche entscheidenden Richters getreten. Die gelehrte wie die halbgelehrte Litteratur befriedigte also nur das tiefgefühlte Bedürfniß nach Belehrung über die vom Richter anzuwendenden Rechtsnormen.

Zwar haben sich die Formen des altdeutschen Prozesses noch lange erhalten. Denn die Reception des fremden

---

[1]) Muther-Landsberg: Johannes Urbach. 1882.

[2]) Rockinger: Ueber einen ordo judiciarius. 1855. v. Stintzing: Geschichte der pop. Lit. S. 202 ff. Muther: Zur Geschichte der Rechtswissenschaft. S. 179 ff.

Digitized by Google

Rechts war eine Ausbreitung seiner Anwendung von oben nach unten. Die Schöffenverfassung wich in vielen Gegenden erst dem nachhaltigen Druck, der von den oberen Gerichten ausging, und schließlich der Gesetzgebung. Sie wurde in manchen Gegenden selbst dann noch bewahrt, als die Schöffenkollegien ausschließlich mit landesherrlichen Räthen besetzt waren und bei ihren Verhandlungen und Urtheilssprüchen fremdes Recht anwandten. Ja selbst bis ins 18. Jahrhundert hinein hielten die kleinen Hübnergerichte, Dorfgerichte und Märkerdinge an allen Formen und Eigenheiten des altgermanischen Verfahrens fest. [1]) Später ging von Sachsen, das sich unter allen deutschen Ländern des besten Rechtszustandes erfreute, sogar eine thatkräftige Reaktion gegen die völlige Romanisirung des Prozesses aus, und es wird an anderer Stelle zu zeigen sein, welchen nachhaltigen Einfluß diese Gegenbestrebungen ausübten. Das alles ändert aber nichts an der Thatsache, daß eine geraume Zeit hindurch die Prozeduren der maßgebenden deutschen Gerichte von Formen des romanisch-kanonischen Prozesses beherrscht wurden.

Daß schon im Jahre 1311 bis 1312 in Deutschland ein schriftlicher Prozeß ganz nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts mit förmlicher Litiskontestation, ohne Beweisurtheil, mit Positionen und Zeugenartikeln verhandelt wurde, [2]) ist zwar eine interessante, aber keine besonders auffällige Thatsache, da der Prozeß bei einem geistlichen Gerichte anhängig war. Es liegt sogar nahe, an der Angabe zu zweifeln, daß dies der erste schriftliche Prozeß in Deutschland gewesen sei.

Die Entwicklung der Schriftlichkeit ging wie in Italien Hand in Hand mit der Romanisirung des Prozesses. Schon unter der Herrschaft des alten Prozesses wurde es Bedürfniß und allgemeiner Brauch, die Urtheile aufzuzeichnen. Man schuf damit einen Ersatz für das Gerichtszeugniß, dessen Werth als Beweismittel bei großen Gerichten dadurch leiden mußte, daß es für die Gerichtspersonen unmöglich wurde, jeden gleichgiltigen Vorgang Jahre lang im Gedächtniß zu

---

[1]) Zöpfl: Alterthümer II. S. 293ff.

[2]) Schaumann: Die Akten des ersten schriftlichen Prozesses in Deutschland. 1847.

Digitized by Google

behalten. Gleichen Werth wie das Urtheil aber beanspruchten Zugeständnisse, Verzichte, Versäumnisse. Man ging daher zur Anlegung von Gerichtsbüchern über, die zur Aufnahme von Urkunden über alle wichtigen Vorgänge der verhandelten Prozesse bestimmt waren. Wollte die Partei aber eine Sicherheit für die richtige Eintragung ihrer Erklärungen haben, so diktirte sie oder in ihrer Gegenwart der Richter dem Gerichtsschreiber den Wortlaut des Protokolles. Ein solches Verfahren entbehrt der lebendigen Kraft einer mündlichen Verhandlung und nimmt die Zeit aller betheiligten Personen in ungebührlichem Maße in Anspruch. Es ist einfacher, ein Schriftstück zu überreichen, damit es die Stelle des Protokolles vertrete. Der Inhalt der „Protokollanlage" wird mündlich vorgetragen oder besser abgelesen. Diese Wandlung der äußeren Form der Verhandlung vollendete sich im 15. und 16. Jahrhundert,[1]) also zu der Zeit, in der sich die Herübernahme des fremden Prozesses vollzog. Gewöhnte man sich aber einmal, den gesammten Prozeßstoff in Schriften niederzulegen, so fiel ein mächtiges Hinderniß für die Einführung eines Verfahrens, in welchem die Verhandlung in etwa fünfzehn sog. Substantialterminen auseinandergezogen wurde. Denn die Gefahr, daß die Erinnerung an das in den früheren Terminen verhandelte und entschiedene verloren gehen könne, war beseitigt.

Ein anschauliches Bild von der vorwärts- und namentlich von der von oben eindringenden Romanisirung des Prozesses gewähren die Mittheilungen über einen von 1491 bis 1496 in erster Instanz vor dem Landgericht in Hanau und in zweiter Instanz vor dem Reichskammergericht verhandelten Civilprozeß.[2]) In erster Instanz wurde mündlich verhandelt und vom Gerichtsschreiber eine kurze Notiz in das Gerichtsbuch gemacht. Im ersten Termine brachte der Kläger mündlich seine Klage an, der anwesende Beklagte leugnete, worauf der Kläger Zeugenbeweis antrat. Im zweiten Termine wurden die Zeugen vernommen, darauf verhandelten die Parteien über das Ergebniß des Beweises und das aus Schultheiß und Schöffen bestehende Gericht erklärte durch Urtheil den Beweis für erbracht. Dieses

[1]) Stölzel: Entwicklung des gelehrten Richterth. 1872. S. 175 ff.
[2]) Stölzel: Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 12. S. 257 ff.

Digitized by Google

Verfahren ist deutsch, wenngleich es sich von dem klassischen Prozeß der sächsischen Rechtsquellen schon weit entfernte. In der zweiten Instanz vor dem Reichskammergericht wurde dann der Prozeß ganz und gar in den Formen des romanisch-kanonischen Rechts verhandelt.

Das Reichskammergericht war es denn auch, das den Vorgang der Reception durch seinen Einfluß vollendete. Denn für dieses Gericht war die Gesetzgebung des Reiches unablässig thätig. Die Gesetze, die dem Reichskammergericht das Verfahren vorzeichneten, nach dem es prozediren sollte, wirkten dann nicht nur durch das Gewicht, das die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes besaßen, sondern wurden vorbildlich für die Landesgesetzgebung, die seit der Zeit der Errichtung des Reichskammergerichts bis in das siebzehnte Jahrhundert eine lebhafte Thätigkeit entfaltete. Einen ähnlichen Einfluß wie das Kammergericht übte der Reichshofrath. Da die Thätigkeit beider Behörden ein überaus „wichtiges Mittelglied in der Entwicklung unseres Prozeßrechts" bildet, so muß ihre Einrichtung und ihre Geschichte besonders dargestellt werden.

§ 42.[1]) Die Zustände, in welche das Reichshofgericht unter der Regierung Friedrichs III. gerathen war, führten im Jahre 1495 zur Errichtung eines seßhaften „kaiserlichen und Reichskammergerichts" durch Kaiser Maximilian I.[2])

Das kaiserliche Hofgericht hatte in seiner Zuständigkeit und damit in seiner Bedeutung einen Abbruch erlitten durch die Goldene Bulle von 1356, indem sie bestimmte, daß die Unterthanen der Kurfürsten nur vor ihrem Landesherrn Recht zu nehmen hätten und vor das Gericht des Kaisers nicht mehr geladen werden sollten. Mehr als diese Gesetzesbestimmung aber hatte dem Reichshofgericht die Thatsache geschadet, daß das Hoflager des Kaisers wanderte, und daß es sich oft jahrelang außerhalb des deutschen Reiches befand. Es war dadurch unmöglich geworden, das Reichshofgericht ständig mit der erforderlichen Anzahl dem deutschen Reiche angehöriger Fürsten und Ritter zu besetzen. Daher hatte

[1]) Thudichum: Das vormalige Reichskammergericht und seine Schicksale, in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 20. S. 148 ff. Stobbe: Leipziger Rektoratsrede. 1878. Endemann: Vom alten Reichskammergericht. Zeitschrift für deutschen Civilprozeß. Bd. 18. S. 165 ff. Dazu die Lehrbücher der deutschen Rechtsgeschichte.

[2]) S. II. 1. § 26.

Digitized by Google

sich der Brauch gebildet, daß der Kaiser seine doctores juris und wen er sonst von Leuten seines Vertrauens bei sich hatte, um Rath befragte und, statt dem Gerichte nur vorzusitzen, die Entscheidung selbst traf. Diese Art der Kabinetsjustiz, die man im alten Rom durch Jahrhunderte ertragen hatte, widersprach allen Anschauungen, welche man in Deutschland von unabhängiger Rechtspflege hatte, und zahlreiche Vorstellungen und Bitten auch des Reichstages um Verbesserung der Reichsjustiz waren die Folge jener Zustände. Man verlangte Ausschließung des Kaisers von der Rechtsprechung, ordnungsmäßige, feste Besetzung des Gerichts statt willkürlicher Auswahl der dem Kaiser genehmen Berather und endlich einen festen, innerhalb des Reiches gelegenen Sitz für das Reichsgericht.

Diesen Bitten gab Maximilian I. auf dem Reichstage zu Worms nach, indem er hier am 7. August 1495 den ewigen Landfrieden verkündete und zugleich durch eine Kammergerichtsordnung ein dauerndes Verfassungsinstitut zur Ueberwachung des Landfriedens d. h. ein Reichsgericht schuf. Mit ungewohnter Schnelligkeit ging man an die Ausführung des Werkes. Schon am 31. Oktober 1495 eröffnete der Kaiser persönlich das neue kaiserliche Gericht im Hause Braunfels zu Frankfurt a. M., nahm dem Vorsitzenden, dem Kammerrichter Eitel Friedrich von Hohenzollern, und den 16 Beisitzern den Eid ab und verlieh dem Gericht das kaiserliche Scepter.

Die Kammergerichtsordnung (KGO) von 1495 lehnte sich in der Organisation des Gerichts an den deutschen Brauch an, indem sie die Scheidung von Richter und Urtheiler aufrecht erhielt: das Gericht sollte mit einem Richter, dem Kammerrichter, und sechszehn Assessoren oder Urtheilern besetzt werden; der erstere sollte ein geistlicher oder weltlicher Fürst, Graf oder Freiherr sein, von den Beisitzern sollte eine Hälfte aus Rechtsgelehrten, die andere aus Adligen, die „auf das Geringst der Ritterschaft" angehörten, bestehen. Dem Richter war zwar der Vorsitz eingeräumt, seine Hauptthätigkeit bestand aber in der Verwaltung des Gerichts, ja es wurde nicht einmal auf seine beständige Anwesenheit bei den Sitzungen gerechnet. Er wurde vom Kaiser ernannt, die Assessoren wurden „mit Rath und Willen" d. h. auf Vorschlag der Stände vom Gerichte selbst ernannt und vom Kaiser bestellt. Besonders wichtig war außer-

Digitized by Google

dem, daß das Gericht ohne Rücksicht auf den Aufenthalt des Kaisers in einer bestimmten Stadt des Reiches seinen ständigen Sitz haben sollte.

Da sämmtliche Mitglieder des Gerichts als reichsunmittelbar galten und nur durch ein Urtheil des Gerichts selbst oder der Reichsvisitationsdeputation abgesetzt werden konnten, glaubte man die Rechtspflege des Reiches vor Eingriffen der Landesherren und des Kaisers genügend gesichert. Indessen lebte Maximilian der Anschauung, daß das neue Gericht, das den Namen „kaiserliches und Reichskammergericht" erhielt, nur eine Fortsetzung seines eigenen bisherigen Kammergerichts sei, dessen Richter er selbst war. Er beanspruchte und führte denn auch wiederholt den Vorsitz und erblickte im Kammerrichter nur seinen eigenen Vertreter. Mit großer Energie betonten die Stände aber wiederholt, daß das neue Gericht nicht das Gericht des Kaisers allein, sondern auch das Gericht des Reiches und daher jeder Eingriff des Kaisers in die Ordnung und die Rechtspflege des Gerichts unzulässig sei. Diese entschiedene Betonung der Unabhängigkeit der Reichsjustiz führte denn auch dahin, daß nicht blos für jetzt die richtige Anschauung über die Stellung des Kaisers und der Landesherren gegenüber dem Reichskammergericht zur Geltung gebracht, sondern auch daß der Ausschluß der Kabinetsjustiz zu einem allgemeinen, unantastbaren Grundsatze der deutschen Gerichtsverfassung gemacht wurde.

Zuständig war das Reichskammergericht für alle Landfriedensbrüche, eigenmächtige Pfändungen und Gefangennehmungen, für Klagen des Reichsfiskus wegen der durch Uebertretung kaiserlicher Gebote oder reichsgesetzlicher Bestimmungen verwirkten Strafen, für Besitzstreitigkeiten zwischen Reichsunmittelbaren oder Unterthanen verschiedener Herren. Damit war eine Einrichtung getroffen, die jede Störung des verkündeten ewigen Landfriedens verhindern, die rechtlosen Zustände der Fehdezeit beseitigen sollte. Das Gericht war ferner zuständig für Rechtsverweigerungen der Landesgerichte und Klagen gegen Reichsunmittelbare, endlich wurde es in Civilsachen zum obersten Appellationsgericht für alle Landesgerichte bestellt.

Diese außerordentlich weitgehende Kompetenz des Gerichts auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts mußte ihm eine staatsrechtlich bedeutsame Stellung verschaffen. Seine

Digitized by Google

Kompetenz als höchstes Appellationsgericht des Reiches mußte seinen Entscheidungen eine das ganze Reich beherrschende Autorität geben. Wie bei ihm verfahren und nach welchen Rechtsgrundsätzen bei ihm entschieden wurde, mußte schließlich maßgebend werden für alle Landesgerichte. Die zahlreichen Kammergerichtsordnungen sind denn auch das Vorbild geworden für die Gesetzgebung der Territorien.

Leider entsprach die materielle Ausstattung, die das Reich seinem obersten Gerichtshofe gewährte, bei weitem nicht der hohen Bedeutung des Gerichts. Die Geschichte des Reichskammergerichts gehört zu den unerfreulichsten Kapiteln der deutschen Geschichte, sie ist eine Geschichte der Schwäche und des Verfalls des Reiches selbst. Schon in den ersten Jahren seines Bestehens änderte es wiederholt seinen Sitz und stellte es mehrere Male seine Thätigkeit ein. Die vom Gesetz festgesetzte Zahl der Assessoren war selten beisammen, weil es dem Reich an Mitteln zur Besoldung der Beisitzer fehlte. Eine Zeit lang waren z. B. von 16 Beisitzern nur vier anwesend. Das Gezänk der katholischen und evangelischen Stände, die Eifersucht der Reichsstände, der dreißigjährige Krieg und der französische Krieg am Ende des 17. Jahrhunderts brachten ihm empfindlichen Schaden. Dabei war die Geschäftslast eine so große, die Besetzung eine so schwache, daß die Bewältigung der Arbeit unmöglich wurde, die Erledigung auch der schleunigen Sachen Jahre in Anspruch nahm. Die gehörige Besetzung des Gerichts und die Verbesserung der Justizpflege bildeten denn auch eine stete Sorge der Gesetzgebung und Verwaltung des Reichs.

Was insbesondere die Besetzung anlangte, so war, wie angegeben, die Zahl der Beisitzer zuerst auf 16 bemessen, 1566 stieg sie auf 32, 1648 sogar auf 50, 1719 wurde sie auf 25 herabgesetzt, aber selten waren mehr als 18 Assessoren vorhanden, erst Joseph II. sorgte für Aufrechterhaltung der gesetzlichen Zahl. Freilich wurden wiederholt Hilfskräfte herangezogen. Ursprünglich hielt man die Anwesenheit der jeweilig bei dem Gericht thatsächlich vorhandenen Assessoren bei jeder Gerichtssitzung für erforderlich. Bald aber zwang die Geschäftslast zu einer Eintheilung des Gerichts in Senate. Man hielt die Besetzung der Richterbank mit acht Urtheilern für ausreichend, ja man ging soweit, Extrajudicial- und Interlokutoriensenate mit vier, ja mit zwei Beisitzern zu besetzen; in Folge dessen wurde die Bestellung

Digitized by Google

von zwei, später von drei Senatspräsidenten erforderlich. Die Entscheidung erfolgte in der Weise, daß für jede Sache ein Referent und ein Korreferent ernannt wurden, die eine schriftliche Relation und Korrelation anfertigten, und daß die übrigen Mitglieder des Senats schriftlich abstimmten. Anfangs galt das Stimmenverhältniß von fünf zu drei noch als Stimmengleichheit, so daß abermalige Berathung und Abstimmung erforderlich wurde, später genügte die einfache Stimmenmehrheit. — Die vorgeschlagenen Personen wurden einem Generalexamen, das nur in der Ermittlung der persönlichen Verhältnisse des Präsentirten, und einem Specialexamen, das in der Abfassung einer Relation und in einer mündlichen Prüfung bestand, unterworfen. Von besonderer Wichtigkeit für die Receptionsgeschichte aber sind die Bestimmungen der KGO. von 1521 und 1555, von denen die erstere verlangte, daß auch die adligen Beisitzer möglichst aus dem Kreise der Rechtsgelehrten genommen werden sollten, und deren letztere dieselbe Vorschrift unbedingt aussprach, ein Zeichen, daß man die Unzulänglichkeit der ungelehrten Beisitzer gegenüber den Doktoren schon damals empfunden hatte.

An dem römischen Prinzip der Trennung von Prokuratur und Advokatur wurde festgehalten. Es gab daher beim Reichskammergericht sowohl Prokuratoren als Advokaten. Die ersteren handelten *an Stelle* der Parteien, letztere nur *neben* der Partei als Rechtsbeistände. Mit der Ueberhandnahme der Schriftlichkeit des Verfahrens mußte sich der Unterschied naturgemäß verwischen. Denn da von mündlichen Vorträgen der Advokaten beim Reichskammergericht nur noch in den seltensten Fällen die Rede war, so beschränkte sich die Funktion der Advokaten auf die Abfassung von Prozeßschriften. Da man aber sowohl vom Advokaten als vom Prokurator Rechtskenntnisse verlangte und die Prokuratoren vom Gericht selbst aus der Zahl der Advokaten gewählt wurden, so pflegte der mit der Führung des Prozesses beauftragte Prokurator auch gleichzeitig als Advokat aufzutreten d. h. die Prozeßschriften abzufassen.

Der Sitz des Reichskammergerichts war Anfangs Frankfurt, es wechselte dann in wenigen Jahren seinen Sitz wiederholt, bis es 1527 nach Speier gelegt wurde. Hier blieb es, bis die Stadt im Jahre 1689 von den Franzosen verwüstet wurde; in demselben Jahre wurde es nach Wetzlar verlegt, wo es bis zu seiner 1806 erfolgten Auflösung verblieb.

Digitized by Google

§ 43. Wie im vorigen § erwähnt wurde, entzog man dem Kaiser ausdrücklich die Mitwirkung bei den Entscheidungen des Reichskammergerichts, indem man ihm vorstellte, daß dieses Gericht die höchste Justizstelle nicht des Kaisers, sondern des Reiches sei. Nichtsdestoweniger nahm man an, daß durch die Errichtung des Reichskammergerichts das Recht des Kaisers zu persönlicher Theilnahme an der Rechtspflege nicht aufgehoben, daß er nach wie vor höchster Richter des Reiches geblieben sei. Er übte sein Richteramt denn auch thatsächlich wie früher im Reichshofgericht so jetzt im Reichstage. Er hielt sich aber auch unangefochten befugt, in derselben Weise Recht zu sprechen, wie er es früher in seinem eigenen Kammergericht gethan hatte. Maximilian I. schuf sich im Jahre 1497 im Hofrath eine Art Reichsministerium. Diese Behörde behandelte nicht blos die Angelegenheiten des Reiches, sondern auch die der kaiserlichen Erblande, aus ihr nahm der Kaiser die Rathgeber bei Entscheidungen über die an ihn gelangenden Berufungen. Ferdinand I. entzog (1559) diesem Hofrath die erbländischen Angelegenheiten und übertrug sie einer besonderen Behörde, seitdem entwickelte sich der jetzt sog. Reichshofrath zu einer Justizbehörde. Er war zuständig in Reichslehnssachen, für Kriminalklagen gegen Reichsunmittelbare, für Streitigkeiten über kaiserliche Privilegien und alle kaiserlichen Reservatrechte, für die italienischen Rechtsangelegenheiten und nahm außerdem als kaiserliches Gericht eine mit der des Reichskammergerichts konkurrirende Gerichtsbarkeit in Anspruch. Es konnte deshalb nicht ausbleiben, daß die auf dem Gebiete der Unabhängigkeit der Justiz empfindlichen Stände sich über die Eingriffe des kaiserlichen Gerichts in die Befugnisse des Reichsgerichts und über die willkürliche Besetzung des Reichshofraths beschwerten. Sie erreichten denn auch soviel, daß dem Reichshofrath eine feste Organisation gegeben, daß er von kaiserlichen Befehlen unabhängig gemacht und die Mitwirkung des Kaisers bei seinen Entscheidungen ausgeschlossen wurde. Der westphälische Friede bestätigte aber ausdrücklich den Reichshofrath als kaiserliches Gericht und genehmigte auch die Konkurrenz der Gerichtsbarkeit beider obersten Justizbehörden, indem er anordnete, daß das zuerst mit einer Sache befaßte Gericht die Sache behalten und entscheiden solle; es sollte ferner das für das Reichskammergericht maßgebende Verfahren auch beim Reichshofrath beobachtet werden. Gleichzeitig wurde

Digitized by Google

ein Reichsgesetz über die Organisation des Reichshofraths in Aussicht genommen. Dazu ist es indeß nicht gekommen, vielmehr wurde die von Ferdinand III. 1654 erlassene Reichshofrathsordnung in Anwendung gebracht.

§ 44. Aus den Mittheilungen, die in § 42 über das Reichskammergericht gemacht worden sind, folgt ohne weiteres, daß mit der Errichtung dieses Gerichtshofes die Aufnahme des fremden Prozeßrechts in Deutschland besiegelt war. Denn wenn von vornherein die Hälfte der Beisitzer aus Rechtsgelehrten bestehen sollte, und wenn ferner 1521 der Wunsch ausgesprochen wurde, es möge auch die andere Hälfte mit Rechtskenntnissen versehen sein, wenn dann schließlich 1555 die kategorische Vorschrift gegeben wurde, die Beisitzer müssen rechtsgelehrte Leute sein, so konnte es nicht ausbleiben, daß das Verfahren vor dem Reichskammergericht nach denjenigen Grundsätzen gehandhabt wurde, die den wissenschaftlich gebildeten Juristen jener Zeit allein bekannt waren oder doch allein der Anwendung werth erschienen.

Es kann hier unerörtert bleiben, ob nicht auch die Reception des materiellen römischen Rechtes auf Akte der Gesetzgebung, auf die Anordnung der KGO. von 1495 und eine Reihe territorialer Gesetze, welche die Institutionen des Reiches nachahmten, auf die Bestimmung nämlich, daß die Richter auf Anwendung des kaiserlichen und gemeinen Rechts in Pflicht genommen werden sollten, zurückzuführen ist. Denn man wird nicht behaupten können, daß die Reception des fremden Rechts im Jahre 1495 bereits vollendet gewesen sei, daß man also schon in diesem Jahre für das Reich und wenig später für die Mark Brandenburg nur sanktionirt habe, was thatsächlich bestehender Zustand gewesen sei. Die Aufnahme des fremden Prozeßrechts aber, die durch die oben geschilderten Verhältnisse in so hohem Maße begünstigt war, daß sie sich vermuthlich von selbst vollzogen haben würde, war schließlich doch das Werk der Gesetzgebung.

Die Reichsgesetze, welche für die Handhabung der Justiz beim Reichskammergericht die Norm abgaben, waren außer der KGO. von 1495 die KGO. von 1521, 1548 und 1555. Eine vierte KGO. wurde entworfen, der Entwurf von 1603 aber nicht zum Gesetz erhoben, gleichwohl vom Reichskammergericht angewandt. Dazu treten die für den Prozeß beson-

Digitized by Google

ders wichtigen KGO. von 1500 und 1507. Hatte die KGO. von 1495 den Parteien einfach gestattet, ihre Erklärungen „in Schriften fürzubringen," so enthalten die Prozeßordnungen von 1500 und 1507 schon die ausdrückliche Einführung von Prozeßgrundsätzen, die dem romanisch-kanonischen Rechte entnommen waren. Das Gleiche geschah namentlich 1555 und in dem erwähnten Reichsdeputationsabschied von 1603. Des Erlasses einer Prozeßordnung im heutigen Sinne, mit eingehender Behandlung aller einzelnen Rechtsinstitute bedurfte es nicht. Denn waren auch nur einige wenige grundlegende Sätze des fremden Prozeßrechts zum Gesetz erhoben, so war damit die Anwendung der gesammten italienischen Prozeßlehre selbstverständlich: man griff dann eben, wo das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung nicht gab, ganz im Sinne des Gesetzes zur Anwendung dessen, was in den prozessualischen Schriften als Prozeßlehre vorgetragen wurde.

Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches war aber auch fortgesetzt bemüht, die Mängel des von ihr eingeführten und sanktionirten Prozeßverfahrens zu beseitigen, namentlich das Verfahren zu vereinfachen und damit abzukürzen.

Wie dieses Verfahren sich im 16. und in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts gestaltete, ergiebt sich aus folgenden, für die Prozeßrechtsgeschichte wichtigen Thatsachen.

1. Wie § 21 gezeigt, brauchte die Klage des romanischen Prozeßrechts nur eine kurze Angabe der sog. causa actionis zu enthalten. Die Anführung der einzelnen, den Klageanspruch begründenden Thatsachen folgte nach der Litiskontestation in Gestalt der Positionen oder Artikel. Dies wurde auch in Deutschland Rechtens, zumal es von Urbach in seinem processus judicii (p. 167ff.) als Prozeßlehre vorgetragen wurde. Im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens erhob der Reichsabschied von 1570 § 88 eine schon damals bestehende Gepflogenheit zum Gesetz, indem er vorschrieb, daß schon der Klaglibell die einzelnen klagebegründenden Thatsachen in Gestalt von Artikeln enthalten sollte (Gebot der artikulirten Klage). Man ersparte damit den für die Einreichung der Klageartikel besonders anzusetzenden Termin.

2. Die Einführung der artikulirten Klage wirkte auf eine Umgestaltung der Litiskontestation hin. Diese war im älteren reichskammergerichtlichen wie im romanischen Prozeß eine allgemein gehaltene formale Erklärung und konnte nichts anderes sein. War aber dem Beklagten schon durch den

Digitized by Google

artikulirten Klaglibell die Möglichkeit gegeben, sich auf die einzelnen Klagethatsachen zu erklären, so war auch das Hinderniß gefallen, das dem Zurückgehen auf die natürliche Auffassung des justinianeischen Rechts von der Streiteinlassung entgegenstand: man verlangte vom Beklagten ein specielles Eingehen auf die Klageartikel und nannte diese seine Erklärung Litiskontestation. Allerdings blieb dieses Verlangen vorerst noch bloßer Gerichtsgebrauch, so daß die l. c. generalis und specialis lange Zeit nebeneinander bestanden.

3. Der reichskammergerichtliche Prozeß gelangte zu einem strengeren Contumacialsystem. Man kam insbesondere dahin, zwischen Nichterscheinen und Nichtverhandeln zu unterscheiden, das Nichterscheinen zur Litiskontestation statt durch die bloße Einweisung mit Zulassung späterer Aufnahme des Prozesses durch kräftigere Mittel, nämlich durch Verhängung der Acht und der Exkommunikation zu erzwingen, für das bloße Nichtverhandeln aber d. h. für die Unterlassung bestimmter Erklärung auf die Anführungen des Gegners die poena confessi anzudrohen.

§ 45. Das so beim Reichskammergericht aufgenommene und weiterentwickelte romanisch-kanonische Prozeßverfahren war zwar nur für das der Reichsgesetzgebung unmittelbar unterworfene Reichskammergericht maßgebend. Seine Errichtung fiel aber in eine Zeit, in der die Ausbildung der Landeshoheit sich in steigender Entwicklung befand. Die Territorien waren zu jener Zeit gegenüber dem Reiche bereits so weit selbständig geworden, daß die Gerichtshoheit als das wichtigste der alten Grafenrechte nur noch in bestimmten Beziehungen dem Reiche untergeordnet war, im wesentlichen aber ein Recht der Landesherren bildete. Die Reception des fremden Prozeßrechts durch das Reichsgericht hätte daher an sich dem Fortleben der altdeutschen Prozeßformen bei den Landesgerichten nicht entgegengestanden. Die Reichsgesetzgebung wirkte aber mittelbar umgestaltend auf das Prozeßverfahren der Landesgerichte ein.

Das Reichskammergericht war höchste Appellationsinstanz für die Landesgerichte geworden, es war an die Stelle des früheren kaiserlichen Hofgerichtes getreten. Auch der Reichshofrath war dem beim Reichskammergericht maßgebenden Prozeßverfahren unterworfen. Beide höchsten Gerichtshöfe konnten, wo sie obere Instanz waren, nicht mehr im Wege der alten Urtheilsschelte, sondern nur noch mittelst Appellation

Digitized by Google

angerufen werden. Man war also schon bei der Einlegung des Rechtsmittels den romanischen Prozeßvorschriften unterworfen. Bei der Verhandlung der Sache in der obersten Instanz entstand aber die Schwierigkeit, daß, während hier ausschließlich nach romanischem Prozeßrecht verfahren werden mußte, der Kritik des obersten Gerichtes Urtheile unterworfen wurden, die ihre Entstehung einem durchaus abweichenden Verfahrensgange verdankten. Man vergegenwärtige sich, daß ein Beweisurtheil beim Reichskammergericht angegriffen werden konnte, das in seinem eigenen Prozeßverfahren ein Beweisurtheil nicht kannte. Es konnte nicht ausbleiben, daß das oberste Gericht seine überlegene Weisheit gegenüber „dem Aberwitz" der Schöffen rücksichtslos zur Geltung brachte und das angegriffene Urtheil schon aus dem Grunde aufhob, weil es gegen die Grundsätze des Prozeßrechts zu Stande gekommen war. Es entstand auf diese Weise ein unerträglicher Zustand. Zwar gaben zahlreiche Territorialgerichte dem von oben geübten Drucke von selbst nach, immer unbehaglicher wurde die Stellung des ungelehrten Schöffen, dem sein Amt jetzt mehr eine Plage als ein Vorzug war, immer lauter wurden die Klagen, daß das Recht von denen gehandhabt würde, die es nicht verständen, ja häufig sogar von Leuten, die nicht einmal lesen gelernt hätten, immer mehr versuchte man Abhülfe dadurch zu schaffen, daß man einen rechtsgelehrten Schreiber zuzog, der dann die Schöffen zu belehren pflegte, immer mehr wurde aber auch dafür gesorgt, daß die Schöffenbänke möglichst mit rechtsgelehrten Leuten besetzt würden. Aber nicht überall gab man willig nach, man hielt an vielen Orten, namentlich auf dem Lande, und ganz besonders in Sachsen, an den hergebrachten Gewohnheiten fest.

Um diesem Zustande ein Ende zu machen, gebot zunächst die KGO. von 1521, daß vor allen Territorialgerichten schriftlich verfahren, daß das mündlich vorgetragene wenigstens aufgeschrieben werde. Es war das geringste, was das Reichskammergericht verlangen durfte, denn ohne schriftliche Grundlage war ein Verhandeln in der Appellationsinstanz unmöglich. Wiederholt aber wurde vom Reichstage an die Reichsstände das dringende Gebot gerichtet, ihr Gerichtswesen nach dem Muster des reichskammergerichtlichen einzurichten. So besonders in der KGO. von 1555 und im RDA. von 1600.

Digitized by Google

Diese Mahnungen blieben nicht erfolglos. Die Landesgesetzgebung hatte es bisher mit Reformen auf dem Gebiete des Prozeßrechts nicht eben eilig gehabt.[1]) Man richtete sich in den ihr unterworfenen Gerichten je nach dem Grade, in dem die Kenntniß des fremden Rechts verbreitet war, nach „gemeinen beschriebenen Rechten", nach Rechtsbüchern, nach dem Herkommen, nach der selbst geübten und selbst gebildeten Praxis. Wo die Landesgesetzgebung eingriff, wurden keineswegs Prozeßordnungen im heutigen Sinne erlassen. Ganz wie die Reichsgesetzgebung gegenüber dem ihr unterstehenden Gerichte, so machte es die Landesgesetzgebung gegenüber den Territorialgerichten: sie verwies nur im allgemeinen auf das kaiserliche Recht und gab einzelne Spezialbestimmungen, indem sie so den Gerichten überließ, sich die Kenntniß des fremden Rechts aus Privatarbeiten zu verschaffen und die Lücken der vom Gesetze gegebenen Vorschriften durch die eigene Praxis auszufüllen. Ein Beispiel giebt die im Jahre 1384 von Herrmanno docto, Landgrafen von Hessen, erlassene Ordnung, das erste Gesetz, das für ein Territorium das fremde Prozeßrecht einführt und dies ganz allgemein mit einer Verweisung auf des Kaisers Recht thut. Eine regere Thätigkeit entfaltete die Landesgesetzgebung erst nach der Errichtung des Reichskammergerichts. Hierher zählt die Wormser Reformation von 1498, die in ihren ersten drei Büchern den Prozeß nach dem Muster des kanonischen ausführlich behandelt. Ein besonders wichtiges, in dieser Richtung thätiges Gesetz ist ferner das Württembergische Landrecht von 1555, das in seinem ersten Theile den Prozeß kodificirt. Ihnen folgten andere Landesgesetze mit gleichem Bestreben nach.

Man würde aber irren, wenn man annehmen wollte, daß in diesen Landesprozeßordnungen das Verfahren einheitlich und übereinstimmend, daß ein sog. „allgemeines" Prozeßrecht geschaffen worden wäre. Manche von ihnen stellen den Gegensatz von ordentlichem und schleunigem Verfahren auf, manche machen das bisherige summarische Verfahren zum ordentlichen. Das Gebot der Artikulirung des Parteivorbringens erscheint in vierfacher Gestalt: in einigen Gesetzen wird die Einreichung einer artikulirten Klage ver-

[1]) Kleinfeller in der Festgabe für Planck S. 275 ff. v. Stintzing: Geschichte der Rechtswissenschaft S. 478 ff.

Digitized by Google

langt, andere gestatten die Aufstellung der Artikel (welcher Ausdruck ganz an die Stelle des Wortes Positionen und Responsionen getreten ist) nach der Litiskontestation, manche sprechen das Gebot der Artikulirung nur bedingt aus, andere endlich gehen davon aus, daß die Parteien ihre Behauptungen im Zusammenhange vorbringen sollen, gestatten aber die Artikulirung. Während der generelle Kalumnieneid in allen diesen Gesetzen vorkommt und nach ihrer Vorschrift auf Verlangen des Beklagten vom Kläger geleistet wird, findet der zugeschobene Eid nur selten Erwähnung, eine Erscheinung, die sich wohl aus jener Behandlung des Kalumnieneides erklärt. Den Ergänzungseid kennen die meisten Prozeßordnungen des 16. Jahrhunderts überhaupt nicht, spätere Gesetze lassen ihn zu, indem sie ihn häufig von der Voraussetzung abhängig machen, daß der Schwurpflichtige eigenes Wissen beschwören kann. Manche Gesetze können sich vom altdeutschen Eidesrecht nicht vollständig trennen.

So zeigt die Partikulargesetzgebung in einem großen Theile Deutschlands zwar einen entschiedenen und bewußten Uebergang zum romanischen Prozeßverfahren, im einzelnen aber noch manche Unsicherheit.

Digitized by Google

VI. Abschnitt.

Die Reaktion gegen die Aufnahme des fremden Rechts und die Bildung des gemeinen Prozeßrechts.

§ 46. Das fremde Recht fand überall da eine bereitwillige Aufnahme, wo das einheimische Recht den Bedürfnissen des Verkehrs nach einem einheitlichen, geschlossenen Rechtssystem nicht genügte, es stieß aber da auf Widerstand, wo sich das deutsche Recht selbst zu einer gewissen Einheitlichkeit entwickelt hatte. Das war in den Ländern des sächsischen Rechtes der Fall, wo der Sachsenspiegel und die Richtsteige den Mittelpunkt eines mehr einheitlichen Rechtes, des aus diesem Grunde sog. gemeinen Sachsenrechts, bildeten. Wesentlich hierzu beigetragen hatte das hohe Ansehen der sächsischen Schöffenstühle, insbesondere desjenigen zu Magdeburg. Von ihnen war eine einheitliche, das Recht zugleich feststellende und fortbildende Rechtsprechung ausgegangen. Sachsen nahm außerdem in der geistigen Bewegung jener Zeit eine beherrschende Stellung ein. Alles das wirkte zusammen zu einer Steigerung des Bewußtseins, daß man auf das kaiserliche Recht nur dann zurückzugreifen brauche, wenn in dem einheimischen Rechte eine wirkliche Lücke vorhanden sei. Daher war man hier gegenüber dem fremden Rechte kritischer als anderswo, man nahm nur auf, was man als besser erkannte als das einheimische war, man war namentlich aber geneigt, deutsche und römische Rechtsinstitute mit einander in Verbindung zu bringen. Charakteristisch für die Brauchbarkeit des deutschen Prozesses für die damalige Zeit

Digitized by Google

war, daß man in Sachsen am Ende des 15. Jahrhunderts dem fremden Rechte zuerst dadurch einen Einfluß gestattete, daß man römische Beweisgrundsätze herübernahm.

Aber auch im übrigen Deutschland hatte die gewaltsame Art und Weise, in der die Gesetzgebung des 16. Jahrhunderts im Reich und in den Territorien mit der Einführung des fremden Prozeßrechts vorgegangen war, das Bewußtsein wachgerufen, daß man von einer fremden Macht übermannt werde, und die Oppositionslust geweckt. Man hatte das fremde Prozeßrecht als die Rettung aus der Zerfahrenheit des einheimischen Rechts betrachtet und gewahrte jetzt, daß der Glaube an die Vorzüglichkeit der neuen Einrichtungen auf eitel Täuschung beruhte. Dem gemeinen Manne war die eigene Prozeßführung unmöglich geworden, er wurde der Gegenstand der Ausbeutung gewissenloser Rabulisten; man verstand die Entscheidungen der Gerichte nicht mehr und hielt sie auch da, wo sie diesen Vorwurf nicht verdienten, für Spitzfindigkeiten. Am schlimmsten war doch die lange Dauer des neuen Verfahrens. Wo das Gesetz der Rechtsübung freieren Spielraum ließ, fing man an, mit Vorliebe einheimisches Recht anzuwenden oder wenigstens an dieses anzuknüpfen.

Dazu kam, daß sich in der Prozeßrechtswissenschaft ein Umschwung vollzog. Anfangs war man einfach den italienischen Juristen gefolgt. Neben zahlreichen populären Schriften, die sich ganz an die Werke der Italiener anschließen, waren von besonderem Einfluß die Werke zweier Assessoren des Reichskammergerichts, Mynsinger von Frundeck (gest. 1588) und Gail (gest. 1587), welche in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts erschienen, dem damaligen lebhaften Bedürfnisse entsprechend den Reichskammergerichtsprozeß behandeln. Als dann in den Ländern des sächsischen Rechts vier Juristenfakultäten (in Erfurt, Leipzig, Wittenberg und Jena) thätig waren, bildete sich eine selbständige Prozeßrechtswissenschaft, die nicht mehr blos schüchtern darauf hinwies, daß dies oder jenes bei manchen Gerichten anders gehalten würde als bei den Lehrern des italienischen Rechtes, sondern selbstbewußt die eigene Lehre neben die der Italiener und an deren Stelle setzte. Diese Wissenschaft fand ihre Aufgabe darin, das Prozeßrecht in demjenigen Zustande zu bearbeiten, in welchem es sich im eignen Vaterlande befand. Sie ging

Digitized by Google

dabei keineswegs von einem Gegensatze fremden und nationalen Rechtes aus, sondern behandelte das damals in den Gerichten übliche Verfahren und damit auch das fremde Prozeßrecht mit besonderer Berücksichtigung des einheimischen Rechts, soweit es noch in Uebung war.

Außer dem im ersten Dezennium des 16. Jahrhunderts erschienenen Rechtsbuche Johannes Purgoldts sind hier vorzugsweise zu nennen das zuerst 1529 erschienene Werk des Georg von Rothschitz: Processus juris deutzsch aber Ordnunge der Gerichtsleuffe. Es war das erste Werk, welches das aus germanischen und romanischen Elementen zusammengesetzte, in der sächsischen Praxis ausgebildete Civilprozeßrecht (in seinem ersten Theile) zur Darstellung brachte. Im Jahre 1541 erschien das Werk Chilian Königs: „Proceß, Practica und Gerichtsordnung aus beiden Kaiserlichen und Geistlichen beschriebenen Rechten, durch dem Sächsischen und anderm Gebrauch nach zusammengezogen," eine Arbeit von so hohem Werthe und so großem Einfluß, daß ein neuerer Schriftsteller[1]) von seinem Verfasser erklärte, daß König nicht nur der Vater der sächsischen Praxis genannt, sondern beinahe auch als Vater des deutschen Prozesses angesehen werden dürfte. Das gleiche Ziel, eine Verarbeitung des fremden Prozeßrechts mit der sächsischen Praxis, verfolgten außerdem die Werke von Conrad Mauser, Chilian Goldstein, Petrus Termineus, Albert Polmann, Modestinus Pistoris, Michael Teuber u. A. Sie waren sämmtlich für die Praxis gearbeitet, wie sie aus ihr heraus entstanden waren.

Diese Praxis fand einen Mittelpunkt in dem 1483 errichteten, später von der Albertinischen und der Ernestinischen Linie des sächsischen Hauses gemeinschaftlich unterhaltenen Oberhofgericht zu Leipzig und Altenburg. Sie hielt grundsätzlich an der Mündlichkeit des Verfahrens fest, eignete sich gleichwohl aber die Vorschrift des kanonischen Rechts an, daß der Richter sein Urtheil nur auf Grund der Akten fällen dürfe. Man verfuhr daher in der Weise, daß die Sachwalter ihre Vorträge dem Gerichtsschreiber in die Feder diktirten. Damit fiel die Anwendung der Positionen von selbst weg, desgleichen der allgemeine Kalumnieneid. Die

[1]) Muther in Glasers Jahrbüchern für Gesellschaftswissenschaft Bd. 9. S. 249.

Digitized by Google

Klage enthielt nach deutschem Brauche die allgemeine Rechtsbehauptung, in Folge dessen konnte auch die Litiskontestation nur in der allgemeinen Erklärung des Beklagten bestehen, daß er zugebe oder verneine. Die besondere Begründung der Klage sowie die Anbringung peremtorischer Einreden folgte der Litiskontestation nach, mit ihr verlor der Beklagte nur die prozeßhindernden Einreden. Von besonderer Wichtigkeit aber war, daß die sächsische Praxis das altgermanische Beweisurtheil beibehielt und damit eine strenge Scheidung von Behauptungen und Beweisen durchführte. Noch war damit nicht die Eventualmaxime anerkannt, wohl aber ein strenges Präklusionsprinzip.[1]) Das Beweisrecht war römisch, es beruhte auf dem Grundsatze: actore non probante reus absolvitur. Allerdings suchte man es mit der letzten Entwicklung des deutschen Beweisrechts zu verbinden. Man machte nämlich vom Parteieneide einen ziemlich häufigen Gebrauch, indem der Kläger über seine Rechtsbehauptung dem Beklagten den Eid zuschob, den dieser in Gestalt einer Rechtsbehauptung zu leisten hatte. Der Beklagte hatte in diesem Falle aber (Gewissensklage) die Befugniß, sein Gewissen durch anderen Beweis zu vertreten d. h. andere Beweismittel zu benennen. Der Kläger hatte die Befugniß, schon in der Klage Beweismittel zu benennen, er verlegte dann wie im altdeutschen Prozeß dem Beklagten den Weg, sich frei zu schwören, mußte dann aber auch bestimmte Thatsachen behaupten.[2]) Im Kontumazialrecht nahm man beim Ausbleiben des Beklagten nicht negative, sondern affirmative Litiskontestation an und berief sich hierfür auf den Sachsenspiegel (II. 9 § 1. III. 39 § 3).

Nicht in allen Ländern des sächsischen Rechts wurde diese Praxis gehandhabt. Namentlich ging die Mark Brandenburg ganz in das romanische Lager über.[3]) Aber auch in den eigentlich sächsischen Landen entstanden jener Umbildung des altgermanischen Prozesses lebhafte Gegner, namentlich in dem Kanonisten Henning Göde, der im Anfange des 16. Jahrhunderts ein Lehrbuch des kanonischen Prozesses schrieb und darin gegen die sächsische Praxis pole-

[1]) Vgl. hierüber den Allgemeinen Theil I. § 148.

[2]) Muther: Gewissensvertretung. S. 70ff. Kleinfeller: Geschichtliche Entwicklung des Thatsacheneides. S. 107ff.

[3]) Kleinfeller a. a. O. S. 105. Holtze: Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen. I. S. 259ff.

Digitized by Google

misirte. Auf der andern Seite fand das sächsische Prozeßrecht auf den Universitäten zu Leipzig und Wittenberg entschiedene Vertreter und durch sie eine wissenschaftliche Behandlung. Man hätte meinen sollen, daß hier im Vaterlande der Reformation gegen die Anwendung päpstlicher Gesetze vom kirchlichen Standpunkte aus Widerspruch erhoben worden wäre. Es ist das aber nicht geschehen, man erkannte die päpstliche Gesetzgebung auf dem Gebiete des bürgerlichen und des Prozeßrechts an und befolgte ihre Normen, wo sie nicht durch einheimisches Recht außer Anwendung gesetzt erschienen. Denselben Standpunkt nahm die Gesetzgebung ein. In der Oberhofgerichtsordnung von 1488 ordnet Herzog Albrecht der Beherzte an:[1])

„Es sullen auch alle Sachenn vor dem gerichte nach Sächsischenn Rechtenn, wu das rechtlich und bestendigk ausgedruckt, vorsprochenn werdenn, wu es aber unausgedrucket, tunkel adder unvornehmlich ist, Sal es erföllunge und bewtunge nach gemeynem Rechtenn nehmenn."

§ 47. War so zwar ein entschiedenes Bestreben, bewährte Einrichtungen des deutschen Rechts gegenüber dem eindringenden romanischen Rechte zu retten, vorhanden, konnte man sich auch bei dieser oder jener Frage in den Werken der Rechtsgelehrten und bei der Uebung der maßgebenden höheren Gerichtshöfe Rath holen, so blieb doch immer und in zahlreichen Fällen die Grenze zwischen dem einheimischen Gewohnheitsrechte und dem gemeinen Rechte schwer zu finden und die Frage, ob ein Institut des fremden Rechtes durch die Praxis umgebildet sei oder nicht, eine streitige. Diesem Zustande suchte die sächsische Constitutionengesetzgebung ein Ende zu bereiten.

Um ein die Streitfragen erledigendes Gesetz vorzubereiten, berief man im Jahre 1571 Abgeordnete der Juristenfakultäten von Leipzig und Wittenberg nach Meißen. Die Ergebnisse der Berathungen dieser Kommission wurden dem Kurfürsten als Gutachten unterbreitet, und schon am 21. April 1572 erschienen die unter dem Namen constitutiones Saxonicae bekannten Gesetze (contistutiones und Ordnungen den Rechtlichen Prozeß und was den Gerichten mehr anhängig ist, belangendt). Sowohl jene Gutachten (consultationes constitutionum saxonicarum)

[1]) Bei Muther: Gewissensvertretung 1860. S. 40.

Digitized by Google

als die Gesetze selbst gehören zu den bedeutendsten Leistungen jener Zeit und zu den wichtigsten Ereignissen unserer Prozeßrechtsgeschichte. [1])

Sie ordnen eine Reihe einzelner Punkte, indem sie die Fristen normiren und unter anderem bestimmen, daß für die vor der Litiskontestation zu machenden Anführungen nur ein einziger Termin anberaumt werden solle, sie stellen eine strenge Ordnung mit Präklusion aller nicht in das betreffende Stadium gehörenden Prozeßhandlungen auf, regeln das Kautionswesen u. a. m. Die historische Bedeutung der Gesetze liegt aber darin, daß sie die artikulirte Klage verbieten, eine specielle Begründung des Klageanspruches schon in der Klage verlangen und konsequenterweise dem Beklagten die sog. specielle Litiskontestation auferlegen, indem sie die allgemeine formale Erklärung, streiten zu wollen, verbieten und eine Einlassung auf die Klagethatsachen verlangen. Die Verhandlungen sollten mündlich erfolgen, aber wörtlich protokollirt werden.

Mit Aufstellung dieser Grundsätze war das kanonische Positionalverfahren, das in der Praxis der sächsischen Gerichte keinen Eingang gefunden hatte, endgiltig vom sächsischen Prozesse ferngehalten. Auch darin hielt die Constitutionengesetzgebung am deutschen Rechte fest, daß sie das Beweisurtheil beibehielt.

Waren somit zwar nur einzelne, wichtige Grundsätze aufgestellt, so waren doch die meisten Zweifel und Streitfragen, welche der Einheitlichkeit der Praxis geschadet hatten, beseitigt, und es war der Wissenschaft eine feste Grundlage gegeben. Auf dieser arbeitete eine zahlreiche, auch außerhalb Sachsens angesehene praktische Literatur fort, bis man im dritten Jahrzehnt des 17. Jahrhunderts genügend vorbereitet war zum Erlaß eines vollständigen Prozeßgesetzes. Ein solches erging am 28. Juli 1622 unter dem Namen „Prozeß- und Gerichtsordnung Churfürst Johann Georges des I. zu Sachsen, darnach man sich in Dero Landen bey Ober- und Untergerichten gleichförmig zu achten." Das Gesetz schuf nichts wesentlich neues, sondern gab nur eine vollständige Normirung des bisherigen Rechts. Hervorzuheben bleibt

[1]) Aus der Literatur sei hervorgehoben außer dem öfter angeführten Aufsatze von Muther auch Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 295 ff. und Schletter: Die Constitutionen Kurfürst Augusts von Sachsen vom Jahre 1572. Leipzig 1857.

Digitized by Google

aber, daß es die Verbindung der peremtorischen Einreden mit der Litiskontestation gebot und daher die Trennung des ersten Verfahrens in zwei Abschnitte aufgab. Nur das Beweisurtheil wirkt als eine den Prozeß in das sog. erste und in das Beweisverfahren scheidende Cäsur.

Die sächsische Gesetzgebung blieb nicht ohne Einfluß auf die Gesetzgebung anderer Territorien. Manche Prozeßordnungen schlossen sich in allen Grundsätzen dem sächsischen Rechte an, manche nahmen eine vermittelnde Stellung ein zwischen sächsischem und romanischem Rechte. Ihnen gegenüber standen die von dem romanischen Rechte und dem Reichskammergerichtsprozeß beherrschten Gesetze. Es gab also, als das deutsche Reich nach dem Westphälischen Frieden Ruhe und Zeit gewann, sich wiederum den Aufgaben der Kulturpflege zuzuwenden, keineswegs ein alle deutschen Länder umfassendes, auch nur im wesentlichen einheitliches Prozeßrecht. Der Kampf des romanischen und germanischen Rechtes dauerte fort, die Ansichten der Gelehrten über die wichtigsten Fragen gingen auseinander, die Praxis der Untergerichte schwankte zwischen dem Einflusse der Reichsgerichte und der territorialen Hofgerichte auf der einen Seite und den festgewurzelten heimischen Gewohnheiten auf der anderen Seite, mit einem Worte: der Rechtszustand war ein höchst unbefriedigender, und von neuem riefen die Reichsstände die Gesetzgebung des Reiches um Besserung der Justizpflege an.

Für die Richtung, in der sich die Reform des Prozeßrechts bewegen sollte, war ein Umstand von entscheidender Bedeutung. Man hatte sich in Deutschland ursprünglich an die Schriften der Italiener und diejenigen von Deutschen verfaßten Werke gehalten, welche den Italienern folgten. Aber seitdem diese Werke die deutsche Praxis zu beherrschen anfingen, waren etwa zwei Jahrhunderte verflossen, die Gesetzgebung des Reiches und der Territorien hatte lebhaft gearbeitet, zahlreiche deutsche Universitäten waren vorhanden, eine selbständige deutsche Prozeßrechtswissenschaft war entstanden; die Praxis konnte den veränderten Verhältnissen und Anschauungen gegenüber mit der Lehre der italienischen Juristen nicht mehr auskommen: das Studium der Italiener erkaltete. Damit verschwand das Ansehen dieser Lehre allmählich, man wandte sich der einheimischen Wissenschaft zu, aber der Aufschwung, den diese im 15. und 16. Jahrhundert genommen hatte, war gebrochen, man verlor das Interesse für den his-

Digitized by Google

torischen Zusammenhang des Gegebenen mit dem Früheren und hielt sich regelmäßig an die Ergebnisse, zu denen der nächste Vorgänger gelangt war. So kam es denn, daß die romanische Lehre bei der Inangriffnahme der Prozeßrechtsreform nur noch einen geringen Einfluß ausübte, um nach dieser Reform fast gänzlich zu verschwinden.

§ 48. Die Reichsgesetzgebung verschloß sich nicht dem laut geäußerten Wunsche der Reichsstände nach einer Verbesserung der Justizpflege. Auf dem Reichstage zu Regensburg, der am 17. Mai 1654 „verabschiedet" wurde, kam ein für die Geschichte des Prozeßrechts bedeutsames Gesetz zu Stande. Da der nächstfolgende Reichstag, der im Jahre 1663 in Regensburg zusammentrat, nicht mehr entlassen wurde, sondern beständig versammelt blieb, so hat sich für den Abschied des Jahres 1654 die Bezeichnung „Jüngster Reichsabschied" eingebürgert.

Dieses Gesetz konnte freilich die immer enger werdenden Schranken der Reichsgewalt nicht übersteigen, es konnte Bestimmungen treffen nur für das Verfahren der Reichsgerichte. In seinem § 137 wiederholte es aber das schon öfter ausgesprochene Gebot, die Reichsstände möchten, soweit thunlich, ihr eigenes Gerichtswesen nach dem Muster des reichskammergerichtlichen ordnen. Auch dieses Mal blieb die Mahnung nicht erfolglos, es wiederholte sich, was nach der ersten solchen Mahnung zu einer Zeit geschehen war, als der reichsgerichtliche Prozeß sich noch ganz in den Bahnen der italienischen Lehre bewegte, daß nämlich eine größere Anzahl Territorien in der That auch ihre eigene Gesetzgebung nach dem Vorbilde der Reichsgesetze änderte, und daß die Praxis sich befleißigte, das Reichsrecht als subsidiäre Rechtsquelle da anzuwenden, wo sie vom Landesrecht im Stiche gelassen wurde. Die Landesgesetzgebung und die Praxis machten auf diese Weise die Schwenkung mit, die das Reich durch den JRA. zu Gunsten der sächsischen Rechtsideen machte.

Denn als einen Sieg des sächsischen Rechts über das romanische läßt sich die Reform von 1654 in der That charakterisiren. Sie lehnt sich stark an das umfassendste der vorangegangenen Gesetze, an die sächsische Prozeßordnung von 1622, an und bestand in der reichsgesetzlichen Sanktionirung folgender Grundsätze:

1. Das artikulirte Verfahren soll nur noch beim Zeugenbeweise, aber nicht mehr bei den Vorträgen der Parteien

Digitized by Google

stattfinden. Damit ist namentlich das Verbot der artikulirten Klage ausgesprochen. Der Kläger soll nach § 34 JRA. „seine Klag oder Libell anbringen nit Artikuls, sondern Summarischer weiß, darinne das Faktum kurz und nervose, jedoch deutlich und distinkte, klar, da ihme beliebt, oder der Sachen Weitläuffigkeit und Umbständen es erforderten, Punkten weiß, verfast und ausgeführt seyn, mit angehenckter conclusion und Bitt." Es sollen also die klagebegründenden Thatsachen in zusammenhängender Rede erzählt werden, die vom Kläger aus diesen Thatsachen gefolgerte Rechtsbehauptung soll nachfolgen und in der Klagbitte ihren Ausdruck finden.

2. Ebenso soll nach § 37 die Antwort des Beklagten auf die ihm durch das Gericht zugestellte Klage beschaffen sein. Der Beklagte soll im ersten Termine „auf die Klage kurtz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worinn das Faktum anderst als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, spacifice und uff jeden Punkten mit all seinen Umständen anzeigen", dabei aber auch alles, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möge, alles auf einmal, bei Strafe der Präklusion vorbringen. Also auch hier eine zusammenhängende Geschichtserzählung, dabei das Gebot einer speciellen Litiskontestation mit Einführung der Eventualmaxime.

3. Während im romanischen Verfahren der Richter die nicht zur Sache gehörenden (impertinenten) Artikel einfach verwarf und die Parteien zum Beweise der übrig gebliebenen streitigen Artikel schritten, sollte er jetzt aus den summarischen Parteivorträgen die erheblichen Thatsachen selbständig heraussuchen und der Partei, welche nach den römischen Beweislastgrundsätzen diese erhebliche Thatsache zu beweisen hatte, durch ein der Rechtskraft fähiges und also den Rechtsmitteln ausgesetztes Urtheil den Beweis auferlegen. Das altgermanische Beweisurtheil lebte in diesem Urtheil nur der Idee nach fort. Denn da dort die Parteivorträge wesentlich in Rechtsbehauptungen bestanden hatten, so konnte das Beweisurtheil auch nur ganz allgemein die Rechtsbehauptung zum Gegenstande des Beweises machen. Einen so weiten Spielraum konnte man jetzt aber der Partei nicht mehr lassen, denn da die Parteien das „Faktum" zu erzählen hatten, so konnten auch nur Thatsachenbehauptungen bewiesen

Digitized by Google

werden. Ein verwickeltes Sachverhältniß mußte daher nothwendig zu einem verwickelten Beweisurtheil führen.

§ 49. Damit sind die für die Prozeßrechtsgeschichte wichtigsten Reformen des Jahres 1654 erschöpft. Sie erkennen reichsgesetzlich an, was in einem großen Theile Deutschlands bereits praktisches Recht gewesen war, sie führten aber zu völliger Umgestaltung des reichskammergerichtlichen Prozesses. Die Ausgestaltung der einzelnen von der Reform nicht unmittelbar ergriffenen Rechtsinstitute folgte nach wie vor dem fremden Prozeßrecht, wo nicht durch Specialgesetzgebung etwas neues geschaffen oder das frühere Recht zeitgemäß fortgebildet wurde.

Diese Fortbildung geschah seit 1654 nur noch in ganz unbedeutendem Maße durch die Reichsgesetzgebung. Die erstarkende Landeshoheit zog der Bethätigung der Reichsgewalt immer engere Grenzen, zahlreiche Territorien und unter ihnen vornehmlich die mächtigsten erhielten sog. privilegia de non appellando, d. h. es wurde bestimmt, daß nur beim Vorhandensein einer verhältnißmäßig hohen Beschwerdesumme die Appellation gegen das Urtheil eines Landgerichts an das Reichsgericht gehen sollte. Desto wichtiger mußte die Landesgesetzgebung werden. Sie war es, durch die sich das Recht fortan weiter entwickeln sollte, während von Reichsgesetzen nur etwa noch der Reichskammergerichts-Visitationsabschied von 1713 zu nennen ist.

Es gestaltete sich nun in Deutschland ein eigenthümlicher Rechtszustand. Seine wichtigste Grundlage bildeten die Reichsgesetze, die aber nur für die Reichsgerichte unmittelbar verbindliche Kraft hatten. Dazu kamen die Landesgesetze, die mit den Reichsgesetzen keineswegs immer und in allen Punkten übereinstimmten. Aber alle diese Gesetze waren mehr oder weniger lückenhaft. Läßt sich auch in der Technik der Gesetzesredaktion bei einem Vergleich der am Ende des 17. und Anfang des 18. Jahrhunderts erlassenen Gesetze mit den Gesetzesarbeiten des 15. und 16. Jahrhunderts ein Fortschritt nicht verkennen, so glaubte man doch immer noch mit der Aufstellung einzelner bestimmter Grundsätze und der Entscheidung bestimmter Streitfragen genug gethan zu haben; alles übrige überließ man der Praxis, von der man wußte, daß sie die bisher gewohnten Wege gehen werde. Gesetze, wie sie heutzutage erlassen zu werden

Digitized by Google

pflegen, die eine bestimmte Materie des Rechtes vollständig regeln und nur aus sich selbst heraus erklärt sein wollen, waren der damaligen Zeit noch fremd. Der Wissenschaft und Praxis fiel daher damals mehr als heute die Aufgabe zu, die Lücken der Gesetze auszufüllen. Man that das, indem man am bisherigen Rechte festhielt, wo es anging, indem man aber auch selbständig vorging, wo es Noth that. Wollte man zurückgreifen auf eine überall in Deutschland angesehene Autorität, so wandte man „das kaiserliche, geschriebene Recht" an, und zahlreiche Gesetze der damaligen Zeit verwiesen ausdrücklich auf dieses Recht als eine dem Landesrecht nachstehende, subsidiäre Rechtsquelle. Aber dieses Recht war jedenfalls soweit es den Prozeß anging, nicht in einer einzigen Erkenntnißquelle vorhanden, und während man früher auf die Schriften der Italiener zurückgegriffen hatte, suchte man jetzt sich aus den Schriften deutscher, insbesondere sächsischer Prozessualisten zu unterrichten. Diesem Bedürfnisse der Praxis kam die an den deutschen Universitäten gepflegte Prozeßrechtswissenschaft bereitwillig entgegen. Hier schuf man in gleicher Weise, wie es einst die Rechtslehrer in Bologna und an anderen italienischen Universitäten gethan hatten, eine Prozeßlehre, die sich an das romanische Recht anlehnte und mit ihm die Ergebnisse und Bedürfnisse der Praxis sowie die Normen der Gesetzgebung zu einem Ganzen verarbeitete. Mit dieser Lehre ausgerüstet zogen die Jünger der Rechtswissenschaft als Assessoren oder Anwälte in die deutschen Gerichtshöfe ein und brachten sie überall da zur Anwendung, wo das einheimische Landesrecht ergänzt oder ausgelegt werden mußte.

So war denn der Wissenschaft auf der einen Seite ein durch die Gesetzgebung wenig beengter Spielraum gelassen und auf der anderen Seite ein weitreichender Einfluß auf die Praxis gesichert. So war ferner nicht blos die Möglichkeit, sondern geradezu die Nothwendigkeit gegeben zu einer Fortbildung des Rechtes durch die Praxis. Für die Einheitlichkeit dieses „Juristenrechtes" sorgte die gemeinsame Grundlage und sorgte die materielle Uebereinstimmung der Partikulargesetze. Dieses von der Wissenschaft gelehrte, von der Praxis geübte, an die Gesetze des Reiches sich anlehnende, einheitliche Recht bildete sich mehr und mehr zu einer in ganz Deutschland als Autorität anerkannten subsidiären Rechtsquelle heraus, es wurde schlechtweg mit dem Namen

Digitized by Google

„gemeines Recht Deutschlands“ bezeichnet und so in Gegensatz gestellt zu dem besonderen Recht des einzelnen Landes.

So wenig man darüber im Zweifel sein kann, daß das gemeine Civilrecht fast ausschließlich auf fremden Rechtsquellen beruhte, so groß würde der Irrthum sein, wenn man das gleiche vom gemeinen Prozeßrecht behaupten wollte. Das deutsche Rechtsleben war anfangs vom romanischen Rechte übermannt worden, die Reaktion gegen diesen Einfluß aber hatte wichtige deutsche Rechtseinrichtungen gerettet, und sicher waren im gemeinen Prozeßrecht unvergleichlich mehr germanische Elemente enthalten als im gemeinen Civilrecht. Ob es ein sehr glückliches Gebilde war, und ob es den Anforderungen, die der bürgerliche Verkehr an die der Rechtsverfolgung dienenden Institutionen stellen darf, genügte, mag vorläufig unerörtert bleiben.

Die Behandlung des gemeinen Prozeßrechts in der Wissenschaft ist nicht immer die gleiche gewesen.

Die Zeit, welcher der JRA. seine Entstehung verdankte, war eine Periode der Versunkenheit, verschuldet durch den dreißigjährigen Krieg. Man zehrte noch von den Früchten, welche die Wissenschaft vorher gezeitigt. Mit Recht zwar erblickte man die Aufgabe gerade der Prozeßrechtswissenschaft in der Unterstützung der Praxis, übersah aber, daß die Praxis aus einer gründlichen Erforschung des Wesens des Prozesses und der Prozeßinstitute ungleich größeren Nutzen zieht als aus bloßen Anweisungen für das Verhalten im Prozesse. Man beschränkte sich auf die Wiedergabe hergebrachter Definitionen und auf möglichst übersichtliche Gestaltung des Stoffes und leistete damit allerdings das, was zur Herstellung einheitlicher und möglichst unzweifelhafter Lehren damals besonders nothwendig war.

Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts gewann die naturrechtliche Schule Einfluß auch auf die Prozeßwissenschaft. Sie suchte allgemeine, der Vernunft entsprechende Grundsätze zu gewinnen und nützte der Wissenschaft durch die vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus vorgenommene Prüfung unseres Prozeßrechts, schadete aber der Wissenschaft sowohl als der Praxis, indem sie vom positiven Recht unabhängige neue Grundsätze aufstellte, das positive Recht vernachlässigte und damit seinen sicheren Bestand gefährdete. Indem sie die Vernunft über das gegebene Recht stellte, räumte sie der subjektiven Anschauung des

Digitized by Google

Einzelnen über das, was der Vernunft entspräche, einen gefährlichen Spielraum ein. Die Hauptvertreter dieser Richtung waren von Gönner und von Grolmann (ersterer hauptsächlich in seinem Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 1801—1803, letzterer in seiner „Theorie des gerichtlichen Verfahrens", 1800 und später).

Ungleich mehr gefördert wurde die Wissenschaft durch die historische Schule. Im Gegensatze zur naturrechtlichen Schule ging sie von dem historisch gegebenen Rechte aus und verfolgte dieses bis auf den Ursprung der Quellen, aus denen es geflossen war. Sie zeigte, daß unser Recht aus römischen, kanonischen und deutschen Elementen zusammengesetzt sei und suchte diese Elemente in ihrer Reinheit wieder herzustellen. Das hatte den Erfolg, daß man zahlreiche Institute als Verbildungen erkennen lernte, die aus bloßen Mißverständnissen entstanden waren. Eine erhebliche Förderung erfuhr diese Richtung mit der Auffindung des Gajus im Jahre 1816. Nun erst war ein eingehendes Verständniß des römischen Civilprozesses, insbesondere des Formularprozesses möglich. Gleichzeitig erwachte unter dem Einflusse des wiederauflebenden deutschen Nationalbewußtseins Verständniß und gerechte Würdigung des ursprünglich deutschen Rechtes. Endlich hat sich ein eifriges Studium den lange Zeit vernachlässigten Schriften der Italiener zugewandt, und auch die rechtsvergleichenden Arbeiten haben das Verständniß und den kritischen Blick für unsere heimischen Institutionen gefördert.

Alle diese Richtungen vereinigten sich, die Lehre des gemeinen Prozesses zu einer Wissenschaft des Prozeßrechts zu gestalten.

Der folgende Abschnitt soll an der Hand des Prozeßganges und auf Grundlage der Werke v. Bayers, Wetzells, Plancks, Endemanns und Renauds diesen eigenartig gestalteten gemeinen Civilprozeß in großen Zügen zur Darstellung bringen.

Digitized by Google

VII. Abschnitt.

Der gemeine deutsche Civilprozeß.

§ 50. Für den gemeinen deutschen Civilprozeß hatten sich nach dem Entwicklungsgange, den er durchgemacht hatte, folgende allgemeine Grundsätze herausgebildet:

1. Er beruhte auf dem Grundsatze der Schriftlichkeit. Zwar hat niemals ein Reichsgesetz diesen Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen, wohl aber hatte er sich schon im kanonischen Prozesse herausgebildet. Aeußerlich hielt man daran fest, daß der Prozeß sich in einer Reihe von Terminen abwickelte, in welchen eine oder auch beide Parteien dem Gericht gegenüber mündliche Erklärungen abgaben oder die Bescheide des Richters entgegennahmen. Aber an Stelle der mündlichen Erklärungen war längst das geschriebene Wort getreten: man diktirte dem Gerichtsschreiber den Parteivortrag in die Feder oder überreichte einen Schriftsatz und nahm auf seinen Inhalt Bezug,[1]) oder man setzte der Partei eine Frist zur Einreichung des Schriftsatzes, so daß der Termin in Wegfall kam. Jedenfalls diente zur Grundlage der richterlichen Entscheidungen nicht das gesprochene Wort, sondern ausschließlich das, was durch das Mittel der Schrift zur Kenntniß des Gerichts gelangt war. Ja man ging soweit, ein Urtheil, das eine mündliche Parteierklärung berücksichtigte, als ein unheilbar nichtiges zu bezeichnen. Auch die richterlichen Entscheidungen mußten niedergeschrieben und durch das Mittel der Schrift den Parteien mitgetheilt werden. Parteischriften, Protokolle, richterliche Entscheidungen und die von den Exekutivbeamten

[1]) So nach KGO. v. 1555 I 40 § 1 und JRA. § 102.

Digitized by Google

Puchta zitt; dagegen Kip, Mündlichk., S. 19

aufgenommenen Urkunden bildeten zusammen „die Akten“, und der Grundsatz: Quod non in actis non est in mundo gewann die Bedeutung, daß für den entscheidenden Richter nichts vorhanden sei, was nicht auf irgend einem Wege in den Akten Aufnahme gefunden habe.

2. Mit dem völligen Verschwinden der Mündlichkeit ging das Verschwinden der Oeffentlichkeit Hand in Hand.

3. Das Verfahren ist von der Verhandlungsmaxime beherrscht. In ihr vereinigten sich die Anschauungen der italienischen Juristen mit denen des einheimischen Prozeßverfahrens.[1])

4. Der gemeinrechtliche Prozeß zeigt eine Verbindung von Parteibetrieb und Offizialbetrieb.[2]) Der Grundsatz des Parteibetriebes kann einem civilprozessualischen Verfahren überhaupt nicht vollständig fehlen, denn kein Prozeß kann ohne Verlangen der Partei begonnen werden, und sowohl der altdeutsche als der romanisch-kanonische Prozeß beruhten auf dem Grundsatz des Parteibetriebes. Die Clementina Saepe aber hatte dem Richter ein ausgedehntes Prozeßleitungsrecht in die Hand gegeben. Auf dieser Grundlage war schon in Italien, später in Deutschland weiter gebaut worden, und der gemeine Civilprozeß hat dann unter Anerkennung des Grundsatzes, daß es Sache der Partei sei, den Prozeß zu betreiben, dem Richter die Pflicht einer Offizialprüfung der an ihn gerichteten Anträge und die Pflicht des Offizialbetriebes insoweit auferlegt, als sie ihm vorschrieb, auf Grund eines von der Partei gestellten Antrages alles dasjenige von Amtswegen zu thun, was nothwendig war, um das von der Partei erstrebte Ziel zu erreichen. Wie diese Verbindung sich vollzog, wird die Darstellung des Prozeßganges ergeben.

5. Das Verfahren steht nicht nur unter der Herrschaft eines strengen Ordnungsprinzips, sondern unter der Eventualmaxime. Es entsprach altgermanischer Anschauung, das Verfahren in bestimmte Abschnitte zu zerlegen und jeden folgenden Abschnitt auf einer unverrückbaren, den vorigen Abschnitt abschließenden Grundlage aufzubauen. Daher die Erledigung einer jeden Streit-, sowie auch nur

[1]) Allg. Theil I § 132.
[2]) Allg. Theil I § 135.

Digitized by Google

jeder Zweifelsfrage durch Urtheil. Auch der romanische Prozeß hielt eine strenge Folgeordnung inne. Aber erst der RJA. bildete die hie und da bereits im Keime vorhandene Eventualbehandlung zu einem den Prozeß beherrschenden Grundsatze aus, indem man nunmehr verlangte, daß die Parteien in jedem Abschnitte des Verfahrens sämmtliche Angriffs- und Vertheidigungsmittel, die in diesen Abschnitt gehörten, in omnem eventum, d. h. für den Fall, daß sie mit dem einen nicht zum Ziele gelangten, vorzubringen hätten.

6. Endlich hat von jeher in Deutschland das Verbot der Kabinetsjustiz bestanden.

§ 51. Die Organisation der Gerichte bildete stets einen Bestandtheil des Landesstaatsrechts. Reichsrechtliche Bestimmungen gab es nur für die Reichsgerichte.

Doch hatte sich der allgemeine Grundsatz entwickelt, daß die Gültigkeit einer jeden richterlichen Handlung von der gehörigen Besetzung des Gerichts abhänge, und daß zu dieser Besetzung außer dem Richter ein Gerichtsschreiber (notarius, actuarius) erforderlich sei.

Deutscher Neigung entsprach von altersher das Kollegialgericht. Daher werden alle größeren und vermuthlich schwierigeren Sachen vor Kollegien verhandelt. Man hat jedoch im Interesse der Vereinfachung und Beschleunigung fast allerorts die große Masse der unbedeutenderen Rechtshändel in die Hand von Einzelrichtern gelegt und nur für die höheren Instanzen Kollegien eingesetzt.

Endlich ist es zur Regel geworden, von jedem Richter, auch dem der untersten Instanz, sowie vom Gerichtsschreiber ein gewisses Maß von Rechtskenntnissen zu verlangen. Auch die Zulassung zur Anwaltschaft ist von der Vorbedingung des Rechtsstudiums abhängig gemacht worden.

§ 52. Die Entwicklung des Prozeßrechts seit der Clementina Saepe und den späteren italienischen Statuten hat zu einer strengen Scheidung zwischen ordentlichem und summarischem Prozesse geführt. In Deutschland wurde die Ausbildung dieses Gegensatzes durch den ungemein schleppenden Gang des gewöhnlichen Prozeßverfahrens begünstigt.

A. Der ordentliche Prozeß.

§ 53. Der ordentliche Prozeß zerfiel regelmäßig in vier Abschnitte. Der erste Abschnitt bildete den „Schriften-

Digitized by Google

wechsel." In ihm war es Aufgabe der Parteien, dem Gericht diejenigen Thatsachen vorzutragen, die zur Begründung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel dienen sollten. Die Thätigkeit des Gerichts bestand hier in einer Prüfung der schriftlichen Parteivorträge auf ihre formelle Zulässigkeit und Schlüssigkeit hin und in der Mittheilung der Schriftsätze an die Gegenpartei. Der zweite mögliche Abschnitt bildete das Beweisverfahren, der dritte das Urtheil und die sich etwa anschließenden Rechtsmittel, die ihrerseits wiederum zu einer Trennung von Schriftwechsel und Beweisverfahren führen konnten. Endlich konnte sich als vierter Abschnitt die Exekution anschließen.

I. Der Schriftenwechsel.

§ 54. Die Zahl der von den Parteien zu erfordernden Schriftsätze hing vom Ermessen des Gerichts und damit von der Lage des Falles ab. Da indessen die Eventualmaxime die Parteien zwang, schon in der Klageschrift und in deren Beantwortung alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel d. h. hier Klagegründe und Einreden zusammenzutragen, so genügten ganz regelmäßig drei oder vier Schriftsätze: die Klageschrift, die Klagebeantwortung (Vernehmlassungsschrift), die Replik und die Duplik.

Die Klage, in der Denkform eines Syllogismus, enthält immer das sog. Rubrum (Bezeichnung der Parteien), geht davon aus, daß ein gewisser Rechtssatz existire (Obersatz), theilt das dem Rechtssatz unterliegende Faktum mit (Untersatz) und zieht den Schluß, daß der Beklagte in gewisser Weise verpflichtet sei. Der Rechtssatz braucht nicht ausdrücklich angegeben zu werden, denn ‚jura novit curia', das Faktum muß seit dem JRA. vollständig erzählt werden (historischer Klagegrund) und muß in logischem Zusammenhange mit dem am Schlusse in Gestalt eines bestimmten Antrages ausgesprochenen Verlangen des Klägers stehen. Zum historischen Klagegrunde gehört bei dinglichen wie bei persönlichen Klagen die Angabe der Entstehungsthatsachen für das klägerische Recht sowie die Sachlegitimation d. h. die Auseinandersetzung, daß das geltend gemachte Recht gerade dem Kläger (aktive Legitimation) und gerade gegen diesen Beklagten zustehe (passive Legitimation).

Das Gesuch kann zerfallen in das Hauptgesuch, welches den Hauptzweck der Klage ausspricht, das Nebengesuch, mit

Digitized by Google

welchem Accessionen des Hauptanspruches geltend gemacht werden, und die Prozeßbitte, d. h. den Antrag, welche Handlung der Richter vornehmen möge, der aber regelmäßig überflüssig ist, es sei denn, daß der Kläger die Einleitung des summarischen Verfahrens oder überhaupt eine außergewöhnliche Handlung verlange. In einer und derselben Klageschrift können mehrere Klagen gehäuft werden: es können nämlich mehrere Kläger gegen einen Beklagten, ein Kläger gegen mehrere Beklagte oder mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte klagen (subjective Klagenhäufung), oder es kann eine Partei gegen die andere Partei mehrere Ansprüche in einer Schrift zusammenfassen (objektive Klagenhäufung), vorausgesetzt, daß das angerufene Gericht für alle Klagen kompetent ist und alle Klagen in einer und derselben Prozeßart durchgeführt werden können.

II. Die eingereichte Klagschrift ist nicht jeder ferneren Einwirkung des Klägers entzogen. Er kann die Parteien und den Klagegegenstand näher bezeichnen, den Klageantrag berichtigen, aber er darf nach der Einlassung des Beklagten keine neuen, zur Begründung des Klageanspruches dienenden Thatsachen mehr vortragen, und er darf die Klage nicht ändern. Eine Klageänderung enthielt stets die Aenderung des Klageantrages und die Aenderung des Klagegrundes, d. h. die Begründung des Antrages durch andere, ein anderes Rechtsverhältniß darstellende Thatsachen.

Die Klage unterliegt schon jetzt einer Prüfung durch den Richter. Abgesehen davon, daß er sie wegen etwa in ihr enthaltener Beleidigungen ad purificandum dem Kläger zurückreichen kann, prüft er sie kraft seines Prozeßleitungsrechts nach ihrer formellen und materiellen Begründung, indem er die in ihr vorgetragenen Thatsachen als wahr voraussetzt. Ist sie nicht schlüssig begründet, so erläßt er ein sog. Prälokut, durch das er dem Kläger die Klage ad emendandum zurückgiebt. Lassen aber die vorgetragenen Thatsachen den Klageantrag als gänzlich unhaltbar erscheinen, so weist er sie mittelst eines mit Gründen versehenen, der Anfechtung durch Rechtsmittel ausgesetzten Dekrets (‚a limine') zurück. Ein aussichtsloses Prozessiren wird hierdurch wirksam verhindert. In beiden Fällen aber wird die Klage dem Beklagten mitgetheilt.

Findet sich keinerlei Anstand, so ergeht das sog. Kommunikativdekret (nicht recht passend citatio genannt), in dem

Digitized by Google

der Richter die Mittheilung der Klage an den Beklagten anordnet und diesem eine Frist zur Vernehmlassung setzt. An die Zustellung dieses Dekrets werden im gemeinen Recht die Wirkungen angeknüpft, welche das römische Recht mit der Litiskontestation verbindet. Diese — materiell- wie prozeßrechtlicher Art — sind: a) die Prävention unter mehreren gleich zuständigen Gerichten, b) die Begründung der Rechtshängigkeit, welche die Fortdauer der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auch beim Eintritt von Aenderungen in den die Zuständigkeit sonst beeinflussenden Thatsachen (ubi lis coepta est, ibi finiri debet) und die Litigiosität der Sache oder des Rechts, welche Gegenstand des Streites sind, zur Folge hat. Die Zustellung der Klage ist also nach gemeinem Rechte Prozeßbegründungsakt; vorausgesetzt, daß sie gültig vorgenommen ist, begründet sie das Prozeßrechtsverhältniß. Der Beklagte hat für sein Verhalten drei Möglichkeiten:

1. Er erkennt den klägerischen Anspruch an. Dann ist eine Fortsetzung des Prozesses überflüssig, denn confessus pro judicato habetur; ein Urtheil ist an sich unnöthig, weil kein Streit besteht, doch hat die Praxis die Zulässigkeit eines Urtheils anerkannt, da ohne ein solches die Exekution nicht statthaft sein würde.

2. Der Beklagte erklärt sich gar nicht. In diesem Falle hatte früher der Kläger die Wahl, Immission in das Vermögen des Beklagten (Einsatz), Verhängung der Acht und der Exkommunikation zu verlangen und damit das Verhandeln des Beklagten zu erzwingen oder auf das Erscheinen des Beklagten zu verzichten und einseitige Verhandlung der Sache zu verlangen. Dieses Wahlrecht bestand nach der KGO. von 1495 und späteren Reichsgesetzen. Der JRA. (1654) aber hob in § 36 die Immission und die Acht-Strafe auf und gestattete ausschließlich die Fortsetzung des Prozesses. Bei der einseitigen Prozeßverhandlung des Klägers wird aber angenommen, daß der Beklagte bestreite. Es wird demgemäß der Kläger zum Beweise seiner Behauptungen zugelassen und nach dem Ausfall des Beweises erkannt. Da der Beklagte sich nicht vertheidigt, verliert er natürlich alle ihm etwa zustehenden dilatorischen und peremtorischen Einreden. Schon der JRA. also hat den wichtigen Schritt gethan, die Einlassungspflicht des Beklagten zu beseitigen und die Vertheidigung auf die Klage als ein Recht des Be-

Digitized by Google

klagten zu charakterisiren. Freilich ist der Gedanke nicht vollständig durchgeführt, denn giebt der Beklagte seine Vertheidigung auf, so unterläßt er auch das bloße Bestreiten. Das Kontumacialverfahren setzt überdies voraus, daß an den Beklagten eine peremtorische, d. h. unter Androhung der Kontumacialfolge erlassene Aufforderung, zu erscheinen, ergangen ist, und daß der Kläger den Antrag gestellt hat, das Kontumacialverfahren eintreten zu lassen (accusatio contumaciae). Erscheint der Beklagte, erklärt er sich aber unvollständig, so wird nach der Praxis des Reichskammergerichts Zugeständniß der gegnerischen Anführungen angenommen. Dasselbe gilt bei mangelhafter Gegenerklärung des Klägers.

3. Der Beklagte widerspricht der Klage. Dann entsteht ein kontradiktorisches Verfahren mit Wechsel von Schriften. Der Widerspruch kann drei Formen annehmen:

a) Der Beklagte giebt die Klagethatsachen zu, bestreitet aber, daß sie zu der Folgerung zwingen, die Kläger auf Grund des objektiven Rechtes aus ihnen herleitet, m. a. W. er bestreitet die Anwendbarkeit des Obersatzes auf vorliegenden Fall oder dessen Dasein (rechtliche Gegendeduktion).[1])

b) Der Beklagte bestreitet den historischen Klagegrund, den Untersatz (negative Litiskontestation genannt). In beiden Fällen kann der Richter das erste Verfahren schließen; er braucht dann dem Kläger die Erklärungen des Beklagten nur zur Kenntniß mitzutheilen.

c) Der Beklagte bringt Einreden vor. In diesem Falle bedarf es einer Erklärung des Klägers, ob er sie zugestehe oder bestreite. Der JRA. verlangt aber vom Beklagten, daß er sich auch bei der Geltendmachung von Einreden auf die Klagethatsachen erkläre, d. h. litem kontestire. Andernfalls ist seine Erklärung unvollständig.

Die Litiskontestation hatte aber nicht die Bedeutung mehr, die ihr im Formularprozeß beiwohnte, und auch die nicht, die ihr das kanonische Recht beilegte. Wenn der JRA. eine Einlassung auf die Klagethatsachen verlangte, so verfolgte er damit nur den Zweck, das Präklusionsprinzip praktisch durchzuführen: der Richter sollte volle Klarheit darüber erlangen, in welcher Weise der Beklagte sich ver-

[1]) S. Allgemeinen Theil I.

Digitized by Google

theidigen wolle. Die Einlassung des Beklagten war daher nicht mehr ein die actio konsumirender prozessualischer Vertrag,[1]) auch nicht mehr ein Formalakt, sondern die einseitige Prozeßhandlung des Beklagten, durch die er gegenüber der Klageforderung und ihrer thatsächlichen Begründung eine Stellung einnahm, die er später nur noch zu Gunsten des Klägers verändern konnte. Die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses geschah nicht mehr durch die Einlassung, sondern durch die Zustellung der Klage.

Von der Verpflichtung, sich auf die Klage einzulassen, befreit den Beklagten nur das Vorbringen einer sog. dilatorischen Einrede. Diese Einreden sind zahlreich: exc. fori incompetentis, judicis inhabilis, suspecti, litis pendentis, loci non tuti, welche insgesammt die Unterart der exc. fori declinatoriae oder gerichtsablehnenden Einreden ausmachen. Daneben gemeine dilatorische Einreden: exc. deficientis personae standi in judicio (mangelnde Prozeßfähigkeit), exc. spolii, exc. deficientis legitimationis ad processum vel ad praxin (gegen den Anwalt), exc. libelli inepti vel obscuri, non rite formali processus, deficientis cautionis, exc. pacti de non petendo. Diese Einreden müssen nach der Praxis liquid gemacht werden. Alsdann erfolgt die Verhandlung über den Präjudicialpunkt abgesondert, und erst nachdem die Einrede durch Urtheil verworfen oder in anderer Weise erledigt ist, wird in der Hauptsache fortgefahren.

Mit der Litiskontestation zu verbinden, und zwar dem Grundsatze der Koncentration gemäß in omnem eventum zur Vermeidung des endgültigen Verlustes, sind die peremtorischen Einreden.

Die Vernehmlassungsschrift des Beklagten kann in einer Widerklage noch einen außergewöhnlichen Zusatz enthalten. Eine solche unterscheidet sich von einer bloßen Einrede dadurch, daß mit ihr der Beklagte nicht die Abwehr der Klage, sondern seinerseits einen Angriff gegen den Kläger und dessen Verurtheilung bezweckt. Nach der Praxis des Reichskammergerichtes mußte der Anspruch der Widerklage mit dem der Klage in sachlichem Zusammenhange stehen, und ihr Gegen-

[1]) Diese Ansicht hat freilich gegen die wohl herrschend gewesene und unbedenklich richtige Ansicht Wetzell System § 14 festgehalten, er ist streng auf der römischen Auffassung stehen geblieben, die jedoch schon in der späteren Kaiserzeit ihre Grundlage verlor.

Digitized by Google

stand durfte nicht der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts entzogen sein. Entsprach sie diesen Anforderungen, und wurde sie mit der Litiskontestation verbunden, so bewirkte sie einmal die Prorogation, d. h. der Kläger mußte sich auf sie bei dem von ihm angegangenen Gericht einlassen (effectus prorogationis), und zweitens zog sie die gleichzeitige Verhandlung und Aburtheilung beider Klagen nach sich (effectus simultanei processus).

Wenn der Beklagte neue Thatsachen vorbrachte, insbesondere wenn er eine Einrede erhob, mußte dem Kläger Gelegenheit gegeben werden, sich auf dieses Vorbringen zu erklären. Dies geschieht, indem ihm der Richter ad replicandum eine Frist setzt und ihm zu diesem Zweck die Vernehmlassungsschrift mittheilt.

Die Replik, die im Falle der Erhebung einer Widerklage zugleich die Streiteinlassung gegenüber dieser enthalten muß, kann wieder dreifacher Art sein. Die Einrede ist der Rechtsanspruch des Beklagten auf Zurückweisung der Klage: es kann daher gegen den Rechtssatz, auf welchen sich die Einrede stützt, eine rechtliche Gegendeduktion erfolgen, oder es können die der Einrede zu Grunde liegenden Thatsachen bestritten, es kann endlich eine Gegeneinrede vorgebracht werden (eigentliche Replik) d. h. Thatumstände, welche den Mangel einer Voraussetzung für das Entstehen oder die Fortdauer des Einrederechts hervorheben. Enthält sich der Kläger jeglicher Erklärung, so wird negative Einlassung auf die Klagebeantwortung angenommen. Erklärt er sich mangelhaft, so wird Zugeständniß angenommen.

Enthält die Replik neues thatsächliches Vorbringen, so theilt sie der Richter unter Bestimmung einer Frist dem Beklagten ad duplicandum mit. Die Duplik ist regelmäßig die letzte Schrift, welche erfordert wird. Doch kann allerdings auf diese noch eine Triplik, eine Quadruplik u. s. w. verlangt und gegeben werden.

Erachtet der Richter das Streitverhältniß für genügend erörtert, was nach dem Vorangeschickten schon nach der Vernehmlassungsschrift möglich ist, so verfügt er den Aktenschluß, d. h. er erläßt eine Anordnung, daß der Schriftenwechsel aufhören solle. In späterer Zeit hat man ein besonderes Dekret des Richters nicht verlangt. Damit ist die Thätigkeit der Parteien in diesem Prozeßstadium beendet, und es beginnt nun die prozeßentscheidende Thätigkeit des Richters.

Digitized by Google

Er prüft die gesammte Sachlage an der Hand der von den Parteien gestellten Anträge und gelangt regelmäßig zu einer Entscheidung. Die Entscheidung kann sein 1. ein Urtheil über eine prozeßhindernde Einrede. Wird sie verworfen, und der Beklagte hat sich noch nicht auf die Klage eingelassen, so kann das Urtheil natürlich nur diese Prozeßeinrede zum Gegenstande haben. Sobald es rechtskräftig ist, beginnt die Verhandlung der Sache selbst. Hatte der Beklagte eventuell litem kontestirt, so wird mit jenem Urtheil ein Urtheil in der Hauptsache verbunden. Erachtet der Richter aber die Einrede für begründet, so erläßt er ein die absolutio ab instantia aussprechendes Urtheil. Ein solches Urtheil, das die Klage „zur Zeit", „allhier", oder „so, wie angebracht" abwies, vernichtete nicht den Klageanspruch, sondern negirte nur das prozessualische Recht des Klägers auf Verhandlung und Entscheidung der Sache.

2. Es kann das die Sache endgültig erledigende Urtheil erlassen werden, wenn nach Lage der Akten die Sache spruchreif erscheint, insbesondere also, wenn alle dem Gericht wesentlich erscheinenden Thatsachen zugestanden sind.

3. Ist eine erhebliche Thatsache bestritten, so ergeht das sog. Beweisurtheil, ein der Rechtskraft unterliegendes, den Rechtsmitteln ausgesetztes Interlokut. Das Beweisurtheil ist ein bedingtes Urtheil, indem es die Sache für den Fall des Gelingens sowohl als für den der Erfolglosigkeit des verlangten Beweises alsbald entscheidet. Seinen wesentlichen Inhalt bildet die Anordnung, daß über eine bestimmte Thatsache Beweis geführt werden solle. Damit leitet es die zweite Periode des Rechtsstreits ein, nämlich

II. Das Beweisverfahren.

§ 55. Das Beweisurtheil bestimmt
1. was zu beweisen ist (Beweisthema),
2. wer zu beweisen hat (Beweislast),
3. binnen welcher Zeit zu beweisen ist (Beweisfrist).[1])

Zu 1: Das Beweisurtheil soll alle erheblichen und nicht unstreitigen Thatsachen umfassen. Der Richter muß sich also vor Fällung des Beweisurtheils nicht blos darüber, ob eine bestimmte Thatsache streitig oder unstreitig ist, son-

[1]) Im Allgemeinen Theil ist ein Beispiel eines Beweisurtheils mitgetheilt.

Digitized by Google

dern auch über die Erheblichkeit der ſtreitigen wie der unbeſtrittenen Thatſachen klar werden. Denn das Beweisurtheil iſt für das weitere Verfahren bindend. Der Richter, der es erlaſſen, kann es nicht widerrufen und nicht ändern, und auch die Parteien ſind, ſobald es rechtskräftig geworden, an ſeine Feſtſetzungen gebunden.

Es können Gegenſtand des Beweiserkenntniſſes nur ſein:

a) Thatſachen, nicht Rechtsſätze, weil dieſe das Gericht kennt, auch nicht Urtheile über Thatſachen, weil es Sache der Partei iſt, Thatſachen zu beweiſen, die der Richter zur Grundlage ſeiner Urtheilsthätigkeit machen kann;

b) erhebliche Thatſachen d. h. nur ſolche, die von Einfluß auf die Entſcheidung ſind;

c) ſtreitige Thatſachen, daher nicht ſolche, welche für den Richter kraft des Geſtändniſſes einer Partei, Notorietät oder kraft einer Rechtsvermuthung feſtſtehen.

Aus dem Grundſatz der Verhandlungsmaxime folgt, daß nur der Beweis ſolcher Thatſachen verlangt werden kann, welche im Schriftenwechſel von einer Partei behauptet ſind.

2. Die Beweislaſt richtet ſich nach den Grundſätzen: Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat und Reus excipiendo fit actor. Wer im einzelnen Falle beweispflichtig iſt, richtet ſich nach materiellem Recht, die richtige Vertheilung der Beweislaſt hat daher die richtige juriſtiſche Beurtheilung des Streitfalls zur Vorausſetzung.

3. Die Beweisfriſt iſt eine peremtoriſche, aber ſie hat nicht die Bedeutung, daß innerhalb derſelben das Ergebniß des verlangten Beweiſes hergeſtellt, ſondern die, daß in ihr die Beweisantretung, d. h. die Bezeichnung der für die zu beweiſenden Thatſachen vorhandenen und von der beweispflichtigen Partei gewählten Beweismittel erfolgen ſolle. Denn der gemeine Civilprozeß hat nicht den Grundſatz der anticipirten Beweisantretung: im Schriftenwechſel werden lediglich die Behauptungen der Parteien vorgetragen, nicht auch für jede Behauptung das von der Partei intendirte Beweismittel.

Häufig wurde, zumal wenn nur eine Partei zu beweiſen hatte und der Beweisſatz ein ſo einfacher war, daß der Beweis nur entweder gelingen oder mißlingen konnte, das in Ausſicht geſtellte Endurtheil als nebenſächlicher Beſtandtheil an das Beweisurtheil angeſetzt.

Digitized by Google

Das Beweisurtheil ist eine altgermanische Prozeßinstitution, die zwar vom kanonischen Prozeß verdrängt worden war, aber unter dem Einfluß der sächsischen Juristen endgültig durch den JRA. in den gemeinen Civilprozeß eingeführt wurde. Aber die Aufnahme des römischen Beweisrechts mit der ihm eigenen Vertheilung der Beweislast, mit seiner Zweiseitigkeit des Beweises und der richterlichen Prüfung des Beweisergebnisses hat die altdeutsche Institution doch erheblich umgestaltet. Im altdeutschen Recht konnte Gegenstand des Urtheils immer nur eine Parteibehauptung sein, gleichviel ob sie Thatsachen- oder Rechtsbehauptung war. Zugleich wurde das Beweismittel, durch das allein der Beweis geführt werden könne, angegeben. Schon die sächsische Praxis konnte das Beweisurtheil in dieser Gestalt nicht brauchen, man erließ es ganz allgemein dahin, der Kläger habe den Grund seiner Klage, der Beklagte den Grund seiner Einrede zu beweisen, alles andere blieb dem Beweisverfahren vorbehalten. Seit dem JRA. ist das sog. specielle Beweisurtheil üblich geworden, indem man alle erheblichen Thatsachen zum Beweise verstellte und sowohl den Beweis als den Gegenbeweis anordnete, dem Richter das Urtheil darüber vorbehaltend, welcher Beweis gelungen sei. Es bewirkt eine unüberwindliche Cäsur des Verfahrens. Erst nachdem es rechtskräftig geworden, kann das Beweisverfahren beginnen. Dieses zerfällt wiederum in 3 Abschnitte:

a) das Beweisantretungsverfahren,
b) das Produktions- oder Beweisaufnahmeverfahren,
c) das Schlußverfahren oder die Beweisausführung.

Zu a). Das Beweisantretungsverfahren beginnt damit, daß die beweispflichtige Partei innerhalb der vom Tage der Rechtskraft des Beweiserkenntnisses zu berechnenden Beweisfrist in einem Schriftsatze dem Gericht die Erklärung einreicht, daß sie den ihr obliegenden Beweis mit den oder jenen, genau zu bezeichnenden Beweismitteln führen wolle. Dieser Schriftsatz wird auf Anordnung des Gerichts dem Gegner zur Erklärung und zur Antretung des Gegenbeweises mitgetheilt. Es kann eine Replik und allenfalls ein vierter Schriftsatz folgen. Beweismittel, die nicht innerhalb der Beweisfrist benannt sind, dürfen der Eventualmaxime zufolge später nicht mehr vorgebracht werden. Doch ist gestattet, an Stelle etwa ohne Schuld der Partei verloren gegangener

Digitized by Google

Beweismittel, also namentlich an Stelle gestorbener Zeugen, andere Beweismittel zu bezeichnen, dabei aber zu beschwören, daß man diese erst später in Erfahrung gebracht habe. Etwa entstehende Streitpunkte müssen durch Zwischenurtheile erledigt werden.

Zu b). Es folgt das Produktionsverfahren, d. h. die eigentliche Vorführung und Benutzung der vorgeschlagenen Beweismittel. Dabei heißt der Beweisführer „Produzent", sein Gegner „Produkt". Nachdem nämlich der Richter die Zulässigkeit der einzelnen Beweismittel geprüft hat, erfolgt deren Benützung und hierauf die Mittheilung des Ergebnisses dieser Benützung an die Parteien. In welcher Weise die eigentliche Produktion und die Eröffnung ihres Ergebnisses vor sich gehen, hängt von der Eigenartigkeit der einzelnen Beweismittel ab.

Bei verwickelteren Beweisführungen kommt das nach kanonischem Rechte und mehreren Reichsgesetzen gestattete Schlußverfahren an die Reihe. In diesem wird den Parteien Gelegenheit geboten, Beweiseinreden, die nicht früher vorgetragen werden konnten, noch vorzubringen und sich über die Ergebnisse der Beweisaufnahme auszusprechen. Es geschieht dies regelmäßig in zwei Schriftsätzen, deren ersten, die sog. Impugnationsschrift, der Produkt, und deren Entgegnung, die sog. Salvationsschrift, der Produzent einreicht.

§ 56. Die Beweismittel sind Zeugen, Sachverständige, Augenschein, Urkunden und Eid.

Ein einmal vorgeführtes Beweismittel wird gemeinschaftlich, d. h. der Gegner des Beweisführers kann das von diesem fallen gelassene Beweismittel für sich benutzen (Testes et documenta productione fiunt communia).

1. Der Zeugenbeweis.

Nach gemeinem Recht galt die Zeugnißpflicht als allgemeine Bürgerpflicht; sie konnte durch Strafen erzwungen werden und gegen den, der sie verletzte, eine Klage auf Schadenersatz im Gefolge haben. Von dieser Pflicht giebt es gewisse Ausnahmen.

Zu einem vollgültigen Zeugenbeweise gehören 1. die Glaubwürdigkeit, 2. eine Zahl von mindestens zwei Zeugen, 3. die Einstimmigkeit der Zeugen wenigstens in allen wesentlichen Punkten, 4. eine durch eigene Sinneswahrnehmung erlangte Kenntniß der Zeugen von dem Gegenstande ihrer Aussage, 5. gehörige Vernehmung der Zeugen. Diese Er-

Digitized by Google

forderniſſe ſind Folgen der im gemeinen Prozeſſe herrſchend geweſenen legalen Beweistheorie.

Die Antretung des Zeugenbeweiſes erfolgt durch Aufſtellung der den einzelnen Zeugen vorzulegenden Fragen (articuli probatorii). Es ſind dies kurze Sätze, in welche das Beweisthema aufgelöſt wird, die regelmäßig nur eine einzige Thatſache betreffen, und die mit dem Worte „Wahr" oder „Nichtwahr" beginnen. Dabei werden die Zeugen benannt (denominatio testium) mit Angabe der Artikel, über welche jeder einzelne vernommen werden ſoll (directorium). Der Gegner kann beſondere Frageſtücke (interrogatoria) aufſtellen, d. h. Fragen, welche an die Zeugen des Produzenten gerichtet werden ſollen. Inſoweit hat ſich alſo das kanoniſche Artikelverfahren erhalten. Es iſt aber in der ſpäteren Zeit mehr und mehr außer Gebrauch gekommen.

Iſt kein Incidentſtreit durch Beſcheid zu erledigen, ſo werden Zeugen und Parteien zu einem Termine vorgeladen. In dieſem Termine führen zuerſt die Parteien die von ihnen benannten Zeugen vor. Dann erfolgt die Beeidigung der Zeugen und hierauf in Abweſenheit der Parteien ihre Vernehmung nach Inhalt der Artikel. Die Ausſagen werden zu Protokoll genommen und die Zeugen entlaſſen. Darauf verfertigt der Richter den ſog. Zeugenrotulus, d. h. eine Beſchreibung des Hergangs bei Vernehmung der Zeugen und eine Zuſammenſtellung alles deſſen, was die verſchiedenen Zeugen über denſelben Artikel ausgeſagt haben. In einem eigens zu dieſem Zwecke angeſetzten Termine, zu welchem die Parteien geladen werden, wird dieſen der Zeugenrotulus eröffnet. Nachdem die Parteien Abſchrift erhalten haben, werden ſie unter Friſtbeſtimmung zur Einreichung der Schlußſchriftſätze aufgefordert.

Der Sachverſtändige iſt, ſofern ein Urtheil abzugeben iſt, Gehülfe des Richters und kann aus denſelben Gründen abgelehnt werden wie dieſer. Bekundet er aber mit ſeinen Sinnen wahrgenommene, wenngleich nur vermöge beſonderer Sachkunde für ihn erkennbare Thatſachen, ſo iſt er Zeuge und unterliegt den über dieſe gegebenen Beſtimmungen.

2. Der Beweis durch Sachverſtändige. Ob eine allgemeine Pflicht, ein Gutachten aus eigener beſonderer Sachkenntniß heraus abzugeben, beſtand, war ſtreitig. Doch galt für viele Perſonen die Begutachtungspflicht zugleich als Amtspflicht.

Digitized by Google

Die Antretung des Beweises erfolgt durch Bezeichnung des Gutachtens, welches von den Kunstverständigen erwartet wird, doch nicht in Artikelform, und durch Bezeichnung der Sachverständigen. Der Produkt wird nicht zur Aufstellung von Interrogatorien, sondern zur Benennung von Gegensachverständigen aufgefordert. Alsdann erfolgt die Auswahl des oder der Sachverständigen durch den Richter und die Ladung zu einem Termine, zu dem die Parteien beigeladen werden. In diesem Termine werden die Sachverständigen in Gegenwart der Parteien vereidigt und mit dem Gegenstande ihrer Abhörung bekannt gemacht, darauf in Abwesenheit der Parteien vernommen. Unter Mittheilung je einer Abschrift des Gutachtens werden die Parteien schließlich zum Schlußverfahren aufgefordert.

3. Der Beweis durch Augenschein.

Die Beweisantretung geschieht durch den Antrag auf Einnahme des Augenscheins, allenfalls unter Darlegung der Zweckmäßigkeit dieses Aufklärungsmittels. Darauf erfolgt der Termin zur Besichtigung, welcher die Parteien stets beiwohnen können, zuweilen beiwohnen müssen, und zu welcher der Richter zu seiner eigenen Information von Amtswegen Sachverständige zuziehen kann. Ueber die Besichtigung wird ein genaues Protokoll aufgenommen. Darauf erfolgt das Schlußverfahren.

4. Der Beweis durch Urkunden.

In dem Beweisantretungsschriftsatze hat der Produzent das Beweisthema anzuführen oder kurz in Bezug zu nehmen und die Urkunde, die er als Beweismittel hierfür bezeichnet, im Original oder in einer Abschrift zu überreichen. Hierauf setzt der Richter Termin zur Produktion an, ladet den Produzenten zur Vorlegung der Urkunde und den Produkten zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde. Die Kontumacia hat auf vorangegangene accusatio contumaciae zur Folge die Präklusion, und zwar des Produzenten mit dem Gebrauch der Urkunde, des Produkten mit der Befugniß, die Echtheit des Dokumentes zu bestreiten.[1])

Bestreitet der Produkt die Echtheit, so hat er, wenn es sich um ein instrumentum publicum handelt, innerhalb bestimmter Frist den Nachweis der Verfälschung zu führen

[1]) Die Praxis des Reichskammergerichts war eine schwankende, s. Guyet: Archiv 40 S. 163.

Digitized by Google

und, wenn es sich um ein instrumentum privatum handelt, sich zum Diffessionseide zu erbieten. Dieser Eid besteht in der eidlichen Erklärung des Produkten, daß er die Urkunde „weder selbst geschrieben oder unterschrieben habe, noch durch einen Andern für sich habe schreiben oder unterschreiben lassen." Er ist ein Erzeugniß des sächsischen Rechts und des Gerichtsgebrauchs und gehört zu den sog. nothwendigen d. h. von einer Parteierklärung unabhängigen Eiden. Die Leistung des Eides konnte der Produzent jedoch dadurch abwenden, daß er andere Beweismittel für die Echtheit benannte, und der Produkt befreite sich von der Eidespflicht, wenn er einen liquiden Beweis der Unechtheit führte.

Erkennt der Produkt die vorgelegte Urkunde an, leistet er den Diffessionseid oder erbringt er den Verfälschungsbeweis, so ist damit das Produktionsverfahren beendet, und es folgt das Schlußverfahren.

Ein Zwischenstreit kann entstehen, wenn die Urkunde, deren sich eine Partei als Beweismittels bedienen will, sich in der Hand des Gegners oder eines dritten befindet und dieser die Herausgabe verweigert. In diesem Falle muß über die Editionspflicht durch Zwischenurtheil entschieden werden. Bestreitet der in Anspruch Genommene den Besitz der Urkunde, so hat er den Editionseid zu leisten d. h. eidlich zu erklären, daß er die Urkunde weder besitze noch böswillig zu besitzen aufgehört habe. Ist der Besitzer gegenüber seiner Verurtheilung zur Herausgabe contumax, so wird regelmäßig die beigebrachte Abschrift der Urkunde für anerkannt, und, kann eine Abschrift nicht vorgelegt werden, der Beweissatz selbst für zugestanden erachtet.

Das hier nur in großen Zügen dargestellte Urkundenbeweisrecht hat sich im wesentlichen auch in dem gegenwärtig geltenden Rechte erhalten und wird dort ausführlicher behandelt werden. Größeres historisches Interesse nimmt die Entwicklung des Eidesrechtes in Anspruch.

5. Der Eid.

Zwar kannte sowohl das fremde als das einheimische Recht Eide über Thatsachen wie über Rechtsverhältnisse. Im übrigen aber waren die Gegensätze zwischen deutschem und romanischem Eidesrecht so groß, daß es der Entwicklung mehrerer Jahrhunderte bedurfte, ehe auch hier allgemeingültige Grundsätze zur Herrschaft gelangten. Deutschrechtlich war die Auferlegung des Eides durch den Richter nach ob-

Digitized by Google

jektiven Beweisgrundsätzen und über die den Prozeß erledigende Rechtsbehauptung der beweisenden Partei, kanonisch das Streben, den Sachverhalt in seine Einzelheiten zu zergliedern und bei unvollständig gebliebenem Beweise einer Partei über bestimmte Thatsachen einen Eid aufzuerlegen, altrömisch, wenn auch vom romanischen Recht angenommen, das Recht der Parteien, den ganzen Streit durch einen der Gegenpartei angetragenen und von dieser angenommenen Eid zu schlichten.

Zahlreiche partikulare Prozeßordnungen stellten sich auf den Boden des kanonischen Rechts, in anderen ist der Unterschied zwischen Eideszuschiebung und Eidesauflage verwischt. Auch die Wissenschaft jener Zeit scheint den Gegensatz nicht erkannt zu haben; wohl noch unter dem Einfluß germanischer Rechtsanschauungen behandelt sie den Eid als einen vom Richter auferlegten.[1])

Anders war die Entwicklung in den Ländern des sächsischen Rechts. Hier hielt man noch lange fest an dem Gegensatze der schlichten Klage und der verstärkten Klage,[2]) und man verwarf die fremden Einrichtungen der artikulirten Klage, der Positionen und der generellen Litiskontestation. Man fand aber und konnte, da dem Kläger zwischen der mit Beweisangebot verstärkten und der in das Gewissen des Beklagten gestellten schlichten Klage die Wahl zustand, in der Erhebung der letzteren eine Eideszuschiebung über den Inhalt der Klage erblicken. Da nun aber die Klage nach dem sächsischen Rechte dieser Zeit nicht mehr sich auf eine einfache Rechtsbehauptung beschränken durfte, sondern die „Ursache", d. h. die thatsächliche Begründung des Anspruches, enthalten mußte[3]), so war der Eid zugeschoben nicht sowohl über die Rechtsbehauptung als über die angeführten Thatsachen.

Die Eideszuschiebung lag also in der Erhebung der Klage; nach der speciellen Einlassung des Beklagten konnte der Kläger von der getroffenen Wahl nicht mehr abgehen, nicht mehr die verstärkte Klage erheben. War somit für die

[1]) Zimmermann: Glaubenseid S. 335 ff. Kleinfeller a. a. O. S. 62 ff. 94 ff.

[2]) Bd. II Heft 1 § 41 S. 54—56 und die dort Angeführten.

[3]) Constitutiones vom 21. April 1572 Tit. 10 Prozeß- und Gerichtsordnung Johann Georgs I von Sachsen vom 28. Juni 1862 Tit. 5 § 1.

Digitized by Google

Eideszuschiebung eine bestimmte Zeitgrenze festgestellt, so war auch die Trennung von zugeschobenem und auferlegtem Eide geboten. Der hier bestehende Gegensatz wurde nunmehr auch von der Gesetzgebung sowohl als von der Wissenschaft erkannt und gewürdigt. Wie nun bereits im romanischen Prozeßrechte der Erfüllungs- oder Reinigungseid nur den Beweis von Thatsachen ergänzen oder beseitigen konnte, so hatte der oben erwähnte Umstand, daß die Klage eine Thatsachenbegründung enthalten mußte, in Verbindung mit der speciellen Litiskontestation die Wirkung, daß auch der zugeschobene Eid sich auf bestimmte Thatsachen beschränkte, wenngleich der Rechtseid nicht unzulässig gewesen sein mag. Völlig beseitigt wurde der Rechtseid endlich, nachdem seit dem Ende des 17. Jahrhunderts die Anschauung, daß auch der zugeschobene Eid nichts als ein Beweismittel sei, die herrschende wurde. Denn da des Beweises nur erhebliche Thatsachen bedurften, so mußte auch die Relevanz der Eideszuschiebung richterlicher Beurtheilung unterworfen werden: Für die Entscheidung erheblich können aber nur Thatsachen, nicht die von den Parteien über ihre Rechte aufgestellten Ansichten sein.

Gelangte man auf diesem Wege dazu, die Eideszuschiebung über alle vom Richter für erheblich erachteten Thatsachen zuzulassen, so war damit natürlich auch dem Beklagten die Befugniß gegeben, seine Einredebehauptungen durch Eideszuschiebung zu beweisen. Die Eideszuschiebung mußte ferner ihren Platz da erhalten, wohin die Beweisantretung gehörte, d. h. in den dem Beweisurtheile unmittelbar folgenden Prozeßabschnitt.

Der Kalumnieneid blieb in seiner generellen Form zwar immer noch zulässig, er verschwand aber allmählich aus der Praxis der Gerichte. Um nun über die Verlegenheit hinwegzuhelfen, in die man bei Anwendung des zugeschobenen und mehr noch des richterlichen Eides gerieth, wenn die nach den Beweisregeln eidespflichtige Partei die zu beschwörende Thatsache nicht mit eigenen Sinnen wahrgenommen hatte, konnte man an die im deutschen Rechte vorkommenden Eide über den Glauben der Eideshelfer, sowie über das Nichtwissen des Erben von einer Schuld des Erblassers[1]) um so leichter anknüpfen, als der Praxis durch die

[1]) Sachsenſp. Ldr. I 6 § 2, 3. II 22 § 5 Richtſt. Landr. c. 10 § 1, 2 und zahlreiche andere Rechtsquellen ſächſiſchen wie ſüddeutſchen Rechts.

Digitized by Google

Kalumnieneide die eidliche Erhärtung bloßen Glaubens geläufig geworden war.[1]) Auf diesem Wege gelangte die deutsche, vornehmlich die sächsische Praxis zur Ausbildung des Glaubenseides über fremde Handlungen und zwar nicht blos dann, wenn die Gegenpartei ihre Behauptung ausdrücklich „in Willen und Wohlbewußt", sondern auch dann, wenn sie ihre Behauptung in das Gewissen des Delaten gestellt, d. h. die Ableistung eines Wahrheitseides verlangt hatte, der Richter aber fand, daß der Delat die Wahrheit mangels eigener Wissenschaft nicht beschwören könne. Damit hatte der Glaubenseid eine dem Wahrheitseid vollkommen gleiche Bedeutung erlangt.

So ergiebt sich denn für das gemeine Recht folgender Rechtszustand.

Der richterliche Eid kommt als Erfüllungs- oder Reinigungseid vor, je nachdem der Beweisführer halben oder nur schwachen Beweis erbracht hat. Bei gerade halbem Beweise muß der Richter den Eid auferlegen; ist mehr als halber Beweis geführt, so wird der beweisführenden Partei der Eid auch dann auferlegt, wenn sie die zu beschwörende Thatsache nicht aus eigener Wahrnehmung kennt, ebenso dem Gegner des Beweisführers, wenn weniger als halber Beweis erbracht ist. In solchen Fällen half der Glaubenseid über das Hinderniß hinweg, das sich in dem Nichtwissen der Anwendung der Beweisregeln entgegenstellte. Der richterliche Eid hatte also ein vorangegangenes Beweisverfahren zur nothwendigen Voraussetzung, ist aber selbst nicht mehr ein Akt des Beweisverfahrens. Der Richter hatte nämlich der schwurpflichtigen Partei den Eid durch ein Urtheil aufzuerlegen, das nicht blos die Eidesnorm feststsetzte, sondern auch für den Fall der Eidesleistung und der Eidesverweigerung die endgültige Entscheidung traf, also ein bedingtes Endesurtheil war.

Die Eideszuschiebung geht von Partei zu Partei, einem Dritten kann der Eid nicht angetragen werden. Der Delat hat zu wählen, ob er den Eid annehmen oder zurückschieben wolle. Geschieht das letztere, so muß der Deferent schwören; schwört er nicht, so hat er damit die unter Eideszuschiebung aufgestellte Behauptung fallen gelassen. Nimmt der Delat

[1]) S. darüber insbesondere Zimmermann: Der Glaubenseid. 1863. Wetzell § 25.

Digitized by Google

den Eid an und leistet er ihn, so ist damit das Gegentheil der Behauptung des Deferenten festgestellt, verweigert er aber die Eidesleistung, so ist die Behauptung des Deferenten zugestanden.[1])

Diese Wirkungen der Eidesleistung und der Eidesverweigerung sind der Abschwächung oder Aufhebung in diesem Prozesse entzogen, denn sie beruhen auf der Parteidisposition und der Ernstlichkeit der unter Eid aufgestellten Behauptung. Es folgt hieraus, daß, wenn für eine und dieselbe Behauptung Beweis durch Eid und durch Berufung auf andere Beweismittel angetreten wird, der Eid nur für den Fall als zugeschoben gilt, daß mit den anderen Beweismitteln ein Beweis nicht erbracht wird. Der Delat braucht sich daher erst nach Erhebung jenes Beweises auf die Eideszuschiebung zu erklären. Und ist er in der Lage, die Behauptung des Gegners durch andere Beweismittel zu entkräften, so kann er nach der gemeinrechtlichen Praxis sein Gewissen durch Beweis vertreten,[2]) d. h. verlangen, daß der von ihm angebotene andere Beweis (prolatio pro exoneranda conscientia) zunächst erhoben werde, bevor er sich über Annahme oder Zurückschiebung des dann vielleicht nicht mehr nöthigen Eides erklärt. Endlich gestatteten die Wirkungen des Eides die Delation über solche Behauptungen nicht, deren Gegentheil bereits erwiesen ist.

Die Beweisantretung geschieht im Antretungsschriftsatz unter genauer Angabe der Thatsache, die der Gegner beschwören soll. Diesen Schriftsatz erhält der Delat mit peremtorischer Frist zur Erklärung. Wählt er Gewissensvertretung, so wird ihm dazu eine weitere Frist gesetzt. Erhebt er eine Beweiseinrede über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, so ist über sie durch besonderes Urtheil zu entscheiden. Der Richter entwirft die Eidesnorm und theilt sie den Parteien mit zur Erklärung. Regelmäßig durch bedingtes Urtheil setzt er darauf die Eidesnorm endgültig fest und ladet die Parteien zur Leistung des Eides. Erscheint der Schwurpflichtige nicht, so wird angenommen, er habe den Eid verweigert; erscheint er, so hat auf sein Verlangen zunächst der Deferent

[1]) Die Erklärung für diese Behandlung s. im Allgemeinen Theil § 85 S. 98. Vergl. auch Heyßler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 62. Bähr in Iherings Jahrb. für Dogmatik ꝛc. Bd. 25 S. 402.

[2]) Muther: Die Gewissensvertretung. 1860. Nissen: Die Gewissensvertretung. 1861. Wetzell § 25[4].

Digitized by Google

den Kalumnieneid zu leisten, worauf nach geschehener Verwarnung vor dem Meineide dem Delaten der Eid abgenommen wird.

In dieser Darstellung ist der Sachverständige als Beweismittel bezeichnet worden. Das ist nicht richtig, wie im Allgemeinen Theil I § 87 gezeigt worden ist, entspricht aber der herrschend gewesenen gemeinrechtlichen Lehre. Uebergangen ist das Geständniß. Denn das Geständniß ist niemals Beweismittel, weder das außergerichtliche noch das gerichtliche.[1]) Das erstere ist ein Beweisgrund, der seinerseits durch Beweismittel erhärtet werden muß. Das im Prozesse selbst abgegebene Geständniß aber hat nur die Wirkung, daß die zugestandene Thatsache aus der Reihe der beweisbedürftigen ausscheidet.

III. Das Urtheil.

§ 57. Nach dem Beweisverfahren werden die Akten dem Gericht zum Spruch vorgelegt. Die wichtigste Arbeit des Richters war bei Fällung des Beweisurtheils gethan. Um dieses zu erlassen, war eine juristische Beurtheilung des Streitstoffes nothwendig. Diese Beurtheilung hatte in dem Beweisurtheil Ausdruck gefunden und konnte nicht mehr geändert werden, auch wenn der Richter zu einer anderen Auffassung gelangt war. Nach dem Beweisverfahren war also nur noch zu prüfen, ob der Beweis gelungen sei oder nicht.

Bei dieser Prüfung war der Richter der gesetzlichen Beweistheorie entsprechend an gewisse Regeln und Direktiven gebunden: er durfte eine Thatsache nicht als erwiesen erachten, wenngleich er von ihrer Wahrheit überzeugt war, wenn sie nicht das im Gesetze genau fixirte Maß von Beweis für sich hatte. Man hatte bei halbem Beweise auf einen Erfüllungseid, bei noch nicht halbem Beweise auf einen Reinigungseid zu erkennen und stellte daher an der Hand der gesetzlichen Beweisregeln ein Rechenexempel an, ob halber oder Viertel- u. s. w. Beweis geführt sei.

Das Urtheil ist nach der Ausdrucksweise des gemeinen Prozeßrechts ein Decisiv-Dekret. Als ein solches bezeichnet man im Gegensatz zu den sog. einfachen Dekreten dasjenige, welches nach Anhörung beider Parteien erlassen ist. Die Decisiv-Dekrete sind entweder Definitiv-Urtheile, welche die

[1]) Allgem. Theil I § 83.

Digitized by Google

Hauptsache entscheiden, oder Interlokute, welche einen Zwischenstreit oder einen Präjudicialpunkt erledigen.

Wie oben bemerkt wurde, kann nach dem Schriftenwechsel die Sache spruchreif sein, und es kann Endurtheil ergehen. Aber auch das Beweisurtheil ist ein wirkliches Urtheil, wenn auch nur ein Interlokut. Wird ein solches erlassen, so bedarf es noch des Definitivurtheils.

Das Urtheil besteht aus 3 Theilen:

a) der Eingangsformel: „In Sachen N. wider X. erkennt das —gericht für Recht" (das sog. Rubrum),

b) dem entscheidenden, dispositiven Theile, dem tenor sententiae. Er spricht mit möglichster Bestimmtheit die vom Richter gegebene Anordnung in einer Form aus, welche die unmittelbare Vollstreckung des Befehles zuläßt. Bei Abweisungen brauchte man die Worte: „Der Kläger wird mit der erhobenen Klage ab- u. zur Ruhe verwiesen", oder: „Beklagter wird von der Klage entbunden, losgesprochen";

c) den Entscheidungsgründen. Die Beigabe der letzteren ist weder römischen noch altdeutschen Ursprungs, sondern beruhte auf der Anordnung deutscher Reichsgesetze und guter Gewohnheit der Praxis.

Entscheidet ein Einzelrichter, so gelangt er zum Urtheil natürlich nur durch eigenes Aktenstudium. Bei Kollegialgerichten pflegte man einen Berichterstatter zu ernennen, der eine sog. Relation anfertigte, d. h. eine Vorarbeit, welche den Sachverhalt nach Lage der Akten darstellt und eine juristische Beurtheilung enthält, nebst einem Vorschlage (votum), wie zu entscheiden sei. Diese Relation wird vom Berichterstatter entweder mündlich im Kollegium vorgetragen oder mit den Akten den andern Richtern zum Zwecke schriftlicher Abstimmung vorgelegt. In den höheren Instanzen pflegte man noch einen zweiten Berichterstatter zu ernennen, der eine Korrelation anfertigte. Die Entscheidung erfolgt nach absoluter Stimmenmehrheit. Bei Stimmengleichheit wird pro reo erkannt. Ergiebt sich eine relative Majorität, so hilft man sich durch Aktenversendung oder Verstärkung des Kollegiums.

Ist das Urtheil beschlossen und niedergeschrieben, so setzt man Termin zu seiner Verkündung an. Nachher erhalten die Parteien schriftliche Ausfertigung des Urtheils. In dem Termine wird das Urtheil verlesen. Diese Form der Publi-

Digitized by Google

kation ist in neuerer Zeit durch Gerichtsgebrauch beseitigt worden. Man stellte den Parteien eine Ausfertigung des Urtheils zu und wählte einen besonderen Publikationstermin nur für die Verkündung obergerichtlicher oder von Spruchkollegien gefällter Urtheile.

§ 58. Jedes Urtheil unterliegt, so lange es die Rechtskraft noch nicht beschritten, der Anfechtung durch Rechtsmittel. Der Ausdruck Rechtsmittel, der hier in seiner engsten Bedeutung auftritt, bezeichnet die vom Recht gewährten Mittel, eine Abänderung einer angeblich verletzenden richterlichen Entscheidung herbeizuführen.

Das gemeine Prozeßrecht kennt als Rechtsmittel die Appellation, die heilbare, die unheilbare Nichtigkeitsbeschwerde, die Revision, die Restitution und theilt die Rechtsmittel ein in devolutive und nicht devolutive, suspensive und nicht suspensive, ordentliche und außerordentliche.

Devolutive Rechtsmittel sind diejenigen, welche die Sache in eine höhere Instanz bringen, suspensive die, welche die Vollstreckung der angefochtenen Entscheidung hindern. Die wichtigste Eintheilung ist die in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel, deren erstere innerhalb der Nothfrist von zehn Tagen eingelegt werden müssen, deren letztere auch nach Ablauf dieser Frist zulässig sind.

1. Die ordentlichen Rechtsmittel.

a. Obenan steht als das wichtigste und umfassendste aller Rechtsmittel die stets devolutive Appellation.

Sie kann eingelegt werden von jeder Partei, auch einer bloßen Nebenpartei, sie richtet sich an die zunächst höhere Instanz, ist zulässig gegen alle Endurtheile und — nach Vorschrift des tridentinischen Koncils sess. 24 c. 20 und mehrerer Reichsgesetze, insbesondere des JRA. § 58 — gegen solche Zwischenurtheile, welche entweder an sich die Kraft eines Endurtheils haben oder eine Beschwerde enthalten, welche durch das künftige Endurtheil nicht würde beseitigt werden können, daher insbesondere gegen das Beweisurtheil, und kann so oft wiederholt werden, als Instanzen vorhanden sind. Für die Berufung an das Reichskammergericht wurde eine summa gravaminis von 50, später von 400 Reichsgulden vorausgesetzt.

Die Appellation kann, was niemals zweifelhaft war, darauf gestützt werden, daß der Vorderrichter sich in der An-

Digitized by Google

wendung des Rechts auf das festgestellte Faktum geirrt habe, sie kann aber auch auf die Beschwerde gegründet werden, daß das Faktum in der vorigen Instanz nicht gehörig gewürdigt worden sei. Immer aber veranlaßt die Appellation den höheren Richter zu einer bloßen Nachprüfung des Prozeßstoffes der vorigen Instanz und giebt nur ausnahmsweise die Befugniß, diesen Prozeßstoff durch neue Thatsachen und Beweismittel zu erweitern. Solches neues Vorbringen darf nicht eine Aenderung der Klage herbeiführen, überhaupt nicht neue Ansprüche begründen, der JRA. (§§ 73, 74) verlangt außerdem, daß der Appellant beschwöre, daß er neue Thatsachen in der vorigen Instanz noch nicht gekannt oder sie nicht für dienlich gehalten habe.[1]) Die Appellation verursacht in der höheren Instanz keine völlig neue Verhandlung des Streitstoffs, sie ist vielmehr nur „eine Fortsetzung des Urtheilsstadiums", eine Nachprüfung darauf hin, ob in der vorigen Instanz richtig geurtheilt sei.[2])

Das Verfahren ist folgendes:

Die Partei, die sich durch das Urtheil verletzt glaubt, hat bei dem Richter, der dieses Urtheil gefällt hat, binnen einer Nothfrist von 10 Tagen nach der Verkündung des Urtheils (wird a momento ad momentum berechnet) die Appellation einzulegen (interpositio appellationis), d. h. einfach (schriftlich) zu erklären, daß sie gegen das Urtheil appellire. Hierauf soll der Appellant instanter et saepius, d. h. wenn auch nur in einem Akte, doch unter mehrmaliger Erklärung seines Gesuches bei dem judex a quo eine Bescheinigung über die erfolgte Einlegung der Appellation nachsuchen (litteras dimissoriales oder apostolos). Der Richter, dessen Urtheil angefochten wird, hat zu prüfen, ob das Rechtsmittel an sich zulässig, und ob die Nothfrist gewahrt ist. Bejaht er diese Fragen, so erläßt er ein Dekret (apostolos reverentiales), in welchem er erklärt, daß, da die Appellation gehörig eingelegt sei, dem Rechtsmittel „deferirt" werde. Verneint er eine jener Fragen, so erklärt er, daß dem Rechtsmittel nicht stattgegeben werden könne (apostoli refusatorii). Das Dekret wird in jedem Falle beiden Parteien mitgetheilt.

[1]) l. 4 C. 7,63: — quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. c. 10 x 2,22.

[2]) Bland: Beweisurtheil S. 343. Briegleb: Summarische Prozesse S. 92.

Digitized by Google

In den apostolis bestimmt der judex a quo eine Nothfrist, innerhalb deren die Appellation beim Oberrichter einzuführen ist. Diese Einführung (introductio appellationis) ist der in einem Schriftsatze geführte Nachweis, daß die Formalien gehörig beobachtet seien, und die damit verbundene Aufzählung der in dem angefochtenen Erkenntnisse vorhandenen Beschwerdepunkte. Eine Begründung, weshalb die angeführten Punkte zu einer Beschwerde Anlaß bieten, erfolgt in diesem Schriftsatze noch nicht, er enthält auch nur den Antrag: die Förmlichkeiten für beobachtet und die Sache für devolvirt zu erklären. Das Obergericht prüft die Formalitäten von neuem und verwirft die Appellation, wenn es zu dem Ergebniß gelangt, daß das Rechtsmittel nicht gehörig eingelegt sei (decretum rejectorium). Andernfalls giebt es dem Appellanten unter Bestimmung einer Frist auf, die Appellation zu rechtfertigen. Die Rechtfertigung (justificatio) giebt die Gründe an, weshalb man das Vorerkenntniß für gravirend erachte, sie kann nach dem oben gesagten in einer rechtlichen Deduktion oder in thatsächlichen Anführungen oder in beiden bestehen und schließt stets mit dem Antrage, das angefochtene Erkenntniß abzuändern. Das Obergericht prüft die Rechtfertigung und gelangt dabei zu dem Ergebniß: a) daß die Beschwerde offenbar grundlos sei, in welchem Falle das Gericht sie ohne weiteres verwirft (konfirmatorischer Relevanzbescheid), b) daß die Beschwerde offenbar begründet sei, in welchem Falle es eine sog. Ordination, d. h. ein rescriptum de emendando vel tollendo gravamine, erlassen kann (reformatorischer Relevanzbescheid). In dieser einseitigen Weise darf das Gericht nur dann verfahren, wenn es davon überzeugt ist, daß die Anhörung des Appellaten die Behandlung der Sache nicht fördern werde.[1])

c) Geht aus dem Schriftsatze keines von beiden deutlich hervor, so bedarf es eines kontradiktorischen Verfahrens in der Appellationsinstanz, d. h. „das Obergericht erkennt Appellationsprozesse". Die hiermit bezeichnete Verfügung des Obergerichts geht einmal dahin, daß das Untergericht die Akten einsende (literae compulsoriales), und daß dem Appellaten die Einführungs- und die Rechtfertigungsschrift unter Bestimmung einer Frist zur Einreichung der Appellations-Exception mitgetheilt wird. Das weitere Verfahren

[1]) Linde: Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln §§ 170 ff.

Digitized by Google

folgt den Grundsätzen über die Verhandlung in erster Instanz.

Ein vereinfachtes Verfahren findet statt, wenn Beschwerde gegen ein einfaches Dekret erhoben wird.

b. Die Revision.

Dieses nicht devolutive Rechtsmittel, welches sich aus der römischen supplicatio entwickelt hat, besteht in einem an dieselbe Instanz, welche geurtheilt hat, gerichteten Antrage, die Sache nochmals zu prüfen. Wurde das Rechtsmittel binnen 10 Tagen eingelegt, so hatte es Suspensiv-Effekt.

Diese Revision wurde nur zugelassen gegen inappellabele Urtheile, d. h. entweder in höchster Instanz gesprochene oder gegen diejenigen untergerichtlichen Erkenntnisse, gegen welche mangels einer summa gravaminis eine Appellation an die Reichsgerichte nicht stattfand. Die Entwicklung dieses Rechtsmittels im einzelnen war daher Gegenstand der Partikulargesetzgebung. Es gab eine Revision gegen die Urtheile des Reichskammergerichts. Sie mußte binnen vier Monaten beim Reichs-Erz-Kanzler angebracht werden. Dieser überwies die Sache der jährlich zusammentretenden Visitationskommission. Die Visitatoren entschieden auf die Revision in Gemeinschaft mit den Richtern, welche die angefochtene Sentenz gesprochen hatten. Doch wurde die Zulässigkeit an eine summa revisibilis von 2000 Reichsthalern Kapital geknüpft.

Da von demselben Gericht ein das frühere abänderndes Urtheil nicht füglich erwartet werden konnte, schrieb der J R A. § 113 die Versendung der Akten an eine Universität vor. Die Aktenversendung war aber schon vorher üblich gewesen. Sie wurzelte in der Gepflogenheit der Schöffengerichte, sich an einen Oberhof, „als die reinere Rechtsquelle" zu wenden und von ihm Rechtsbelehrung zu empfangen. Als das fremde Recht eindrang, pflegte man sich an Juristenfakultäten zu wenden. Auch in Italien war es üblich geworden, den Ausspruch des princeps, d. i. seiner Räthe, einzuholen (s. oben § 30). Nach beiden Rechten entschied aber nicht der Angefragte an Stelle des anfragenden Richters, sondern er lieferte ihm nur den Inhalt des von ihm zu erlassenden Urtheils. So ist es auch in Deutschland geblieben. Den Juristenfakultäten ist nie eigene Gerichtsbarkeit übertragen worden.[1])

[1]) Ist übrigens bestritten. Schultze: Privatrecht und Prozeß.

Digitized by Google

c. Nullitäts-Querel.

Wie oben (§ 38) dargestellt wurde, ist die Nullitäts-Querel ein Erzeugniß der Verbindung von römischen und longobardischen Rechtsanschauungen. Die Gestalt, in der sie nach Deutschland kam, hatte sie im wesentlichen in den italienischen Statutarrechten erhalten. Namentlich hatte man angefangen, die möglichen Nichtigkeiten nach ihrer Bedeutung zu sondern, ein Gedanke, der in Deutschland aufgegriffen und weiterentwickelt wurde. Nur wenn die Partei, welche durch die begangene Nichtigkeit verletzt war, appellirte, war sie auch mit der Rüge einer etwaigen Nullität an die Appellationsfrist gebunden. Machte sie von der Appellation keinen Gebrauch oder war der Verstoß, der die Nichtigkeit zur Folge hatte, ein besonders schwerer, so blieb dem Verletzten die Geltendmachung der Nichtigkeit innerhalb der Frist von dreißig Jahren unbenommen. In Sachsen setzte man die Frist auf sechs Wochen und drei Tage herab. Schließlich aber gelangte die Anschauung zum Durchbruche, daß wegen geringfügiger Verstöße eine Beschwerde nur innerhalb der Appellationsfrist von zehn Tagen angebracht werden könne. Eine Abhülfe gegen den bisherigen unsicheren Rechtszustand brachte nach einem ungeeigneten Versuch der RKO. v. 1521 tit. 21 § 1 erst der JRA., welcher §§ 121, 122 heilbare und unheilbare Nichtigkeiten unterschied, die Beschwerde wegen der ersteren an die Nothfrist von 10 Tagen knüpfte, und nur wegen solcher Mängel, welche einen dem Zwecke gerichtlichen Verfahrens widersprechenden Verstoß enthielten, die alte dreißigjährige Querel noch zuließ.

Die heilbare Nichtigkeitsbeschwerde ist daher zu einem ordentlichen Rechtsmittel geworden, welches darauf gegründet werden kann, daß contra jus in thesi clarum erkannt oder eine solche vom Gesetze vorgeschriebene Prozeßform verletzt sei, welche für den Prozeß nicht unumgänglich ist. Sie darf nicht auf neue Thatsachen gestützt, vielmehr nur auf Grund der geschlossenen Akten beurtheilt werden. Sie hat wesentlich den Zweck, ein einheitliches Verfahren und einheitliche Rechtsprechung zu sichern, ist regelmäßig devolutiv, aber an eine Beschwerdesumme nicht gebunden.

1883. S. 28 ff. 127 ff. 193 ff. Wach I S. 10; Anm. 11. Bülow: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 64, S. 1 ff.

Digitized by Google

2. Die außerordentlichen Rechtsmittel.

a) Die Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit stützt sich darauf, daß eine unerläßliche Prozeßform verletzt oder daß in der Person des Richters oder einer Partei ein Mangel vorhanden sei, der dieses Verfahren zu einem ungültigen macht.

Sie kann beim judex a quo wie beim Oberrichter und selbst dann erhoben werden, wenn drei gleichlautende Erkenntnisse vorhanden sind. Sie kann auf neue Anführungen nicht gegründet werden. Suspensiveffekt hat sie nicht. Ihre Wirkung besteht in einer Rescission des Verfahrens, soweit es von dem gerügten Mangel betroffen ist. Sie ist in Wahrheit eine Klage, darauf gerichtet, die Scheinexistenz eines Urtheils zu beseitigen.

b) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Im Gegensatz zur Nullitäts-Querel nimmt dieses Rechtsmittel die nachtheilige Thatsache als gegeben hin. Sie ist nur eine auf das richterliche Urtheil angewandte Specialität der gemeinrechtlichen restitutio in integrum. Daher unterliegt dieses an die Frist von vier Jahren gebundene, nicht devolutive und nicht suspensive Rechtsmittel denselben Grundsätzen, welche für die restitutio gegen Rechtsgeschäfte maßgebend sind. Es setzt das Vorhandensein einer Rechtsverletzung und eines die Restitution rechtfertigenden Grundes voraus. Als solcher gilt Abwesenheit oder Minderjährigkeit der Partei, Fälschung des dem Richter vorgelegten Thatbestandes durch gefälschte Urkunden, meineidige Zeugen, falschen Parteieneid. Wie im Civilrecht ist die Restitution also dann gegeben, wenn der Richter, ohne einen Verstoß zu begehen, nach Lage der Sache nicht anders entscheiden konnte, aber anders entschieden haben würde, wenn ihm ein unverfälschter Streitstoff vorgelegen hätte. Selbst neue Behauptungen begründen die Restitution, wenn der Restituent beschwört, daß er die neu angeführten Thatsachen vorher nicht gekannt oder nicht für dienlich gehalten habe. Die Restitution wirkte daher gewissermaßen als Ausgleich gegen die Beschränkung des sog. beneficium novorum bei der Appellation. — Ist der Restitutionsantrag begründet, so ergeht unter Auf-

Digitized by Google

hebung des früheren Urtheils ein neues. Gegen das neue Urtheil finden alle gewöhnlichen Rechtsmittel statt.

IV. Die Zwangsvollstreckung.

Die Zwangsvollstreckung kann nur erfolgen, wenn das Urtheil dem Beklagten eine qualitativ und quantitativ bestimmte Leistung auferlegt und der Durchführbarkeit des Urtheils ein Hinderniß nicht im Wege steht. Das Urtheil muß ferner die Rechtskraft beschritten haben, eine Voraussetzung, die der Richter aus den Akten feststellt. Es muß endlich die Erfüllungsfrist abgelaufen sein. Auch im gemeinen Prozeß pflegte eine solche Frist im Urtheil oder durch besonderes Dekret festgesetzt zu werden. Die Länge der Frist hing vom richterlichen Ermessen ab. Man nahm überdies später an, daß, wenn der Richter die Frist nicht schon im Urtheil festgesetzt habe, die Zwangsvollstreckung sogleich beantragt werden könne.

In älterer Zeit pflegte man auf den Schuldner durch indirekte Zwangsmittel einzuwirken,[1]) und es war namentlich die Einweisung des Klägers in das gesammte Vermögen des Beklagten durch mehrere Reichsgesetze und zahlreiche Landesgesetze als ein solches Beugungsmittel zugelassen. Der indirekte Zwang kann denn auch nicht völlig entbehrt werden; er ist immer nothwendig, wenn es sich um Handlungen oder Unterlassungen handelt. Doch ist die Immission fast überall außer Gebrauch gekommen, und bei Geldkondemnation ist wohl seit dem JRA. überhaupt ein indirekter Zwang nicht mehr ausgeübt worden. Die Zwangsvollstreckung des gemeinen Prozesses ist daher nicht als „pönales Ungehorsamsverfahren," sondern als „Vollstreckung des liquid gesetzten" klägerischen Rechtes aufzufassen,[2]) und der Zwang, der ausgeübt wird, ist regelmäßig ein auf Verschaffung der geschuldeten Leistung unmittelbar gerichteter.

Der Zwang erfolgt durch das Gericht, dessen Thätigkeit durch einen Antrag des Gläubigers veranlaßt wird.

Die Art und Weise der Hülfsvollstreckung ist verschieden

---

[1]) Allgem. Theil I § 93.

[2]) Degenkolb: Einlassungszwang und Urtheilsnorm. S. 115. A. M. Bayer: Vorlesungen über d. gem. Civilprozeß § 338. Sohm: Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 471, wohl auch Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung. S. 58 ff.

Digitized by Google

nach der Leistung, die das Urtheil auferlegt, und nach dem Gegenstande der Exekution.

Es giebt eine Exekution

1. zur Vornahme von Handlungen,
2. zur Duldung oder zum Nichtthun,
3. auf Herausgabe von bestimmten Sachen,
4. auf Leistung von Fungibilien, insbesondere von Geld.

Die Zwangsvollstreckung zu 1 erfolgte dem Prinzip des direkten Zwanges zufolge dadurch, daß der Kläger oder ein Dritter die Handlung vornahm, und daß der Kläger im Wege der Geldexekution die entstandenen Kosten beitrieb. War die Leistung so beschaffen, daß sie nur vom Beklagten vorgenommen werden konnte, so blieb nichts übrig, als zum indirekten Zwange zu greifen. Man pflegte nach vielen Gesetzgebungen dem Beklagten einen sog. „Presser" einzulegen, d. h. ein Unterbeamter des Gerichts oder deren mehrere nahmen Wohnung beim Beklagten und mußten von diesem beköstigt werden. Häufiger noch war die Festsetzung von Strafen. Bei der Exekution zu 2 stand nur das Mittel der Strafe zu Gebote. Die Sache, die der Beklagte herausgeben oder räumen sollte, wurde ihm manu militari weggenommen.

Am wichtigsten war immer die Geldexekution (zu 4). Hier erhielt ein Gerichtsdiener den schriftlichen Auftrag, die Pfändung zu bewirken und zwar zunächst baares Geld event. entbehrliche Sachen wegzunehmen. Werden solche nicht vorgefunden, so ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner die Ableistung des Manifestationseides zu verlangen, zu dessen Erzwingung die Personalhaft verhängt werden kann. Bewegliche Sachen, welche gepfändet werden, sind nach Verlauf einer Frist von gewöhnlich 14 Tagen zu versteigern. Der Erlös wird an den versteigernden Gerichtsbeamten und von diesem an den Gläubiger gezahlt. Das gemeine Recht hat wie das römische und kanonische Recht die sog. Exekutionsgrade beibehalten, wie seine Bestimmungen denn überhaupt von einer außerordentlich weitgehenden Schonung des Schuldners beherrscht werden. Ist ausreichendes Mobiliar-Vermögen nicht vorhanden, so werden die ausstehenden Forderungen und anderen Rechte (z. B. Nießbrauch), zuletzt die Immobilien angegriffen. Bei der Exekution in Aktivforderungen beschränkt sich die Thätigkeit des Gerichts auf die Pfändung der Forderung, während die Beitreibung der Forderung dem Gläubiger überlassen wird.

Digitized by Google

Die Immobiliarexekution ist eine doppelte:

a) Die Immission ist die vom Gericht dem Gläubiger zuerkannte Befugniß, sich in den Besitz des Grundstücks zu setzen und sich aus den Nutzungen bezahlt zu machen.

b) Die Subhastation ist die Versteigerung des Grundstücks. Das Verfahren entbehrte reichsgesetzlicher Normen. Doch hat die Praxis daran festgehalten, daß der Verkauf immer gerichtlich erfolge, sie hat das Verfahren auch ins einzelne ausgestaltet. Subhastation kann von jedem Gläubiger des Grundeigenthümers beantragt werden. Voran geht ihr die Abschätzung des Grundstücks, dann erfolgt die Anberaumung des Versteigerungstermins, der in üblicher Weise bekannt gemacht wird. Partikularrechtlich werden drei Bietungstermine mit hergebrachten Zwischenfristen erfordert. In diesen wird oder kann geboten werden bis zum Eintritt eines gewissen Zeitpunktes (Glockenschlag, Niederbrennen einer Kerze ꝛc.). Das Meistgebot wird nach seiner Annehmbarkeit geprüft und der Zuschlag erst ertheilt, wenn das Gebot als ein den Umständen nach günstiges oder doch angemessenes erscheint. Mit dem Zuschlage, der durch richterlichen Beschluß ausgesprochen wird, geht das Eigenthum auf den Ersteher noch nicht über, vielmehr hat die gemeinrechtliche Praxis angenommen, daß damit nur Kaufvertrag zu Stande komme, daß der Ersteher also nur ein Forderungsrecht auf Eigenthumsübertragung erwerbe, diese selbst aber erst in einem späteren Termine bei Zahlung des Kaufpreises erfolge.

Regelmäßig war hiermit das Verfahren der Subhastation beendet. Eine gerichtliche Vertheilung des Erlöses fand regelmäßig nur statt, wenn der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet wurde.

Das Subhastationsverfahren hat sich in der neueren Zeit partikularrechtlich in höchst mannigfaltiger Weise fortentwickelt. In vielen Ländern bildete es sich zu einem Partikularkonkurse um (z. B. in Preußen), der sämmtliche Ansprüche, also sämmtliche Hypotheken, fällig und zahlbar machte. Doch blieb es nach wie vor gemeines Recht, „daß der Ersteher entweder die Vorhypotheken ohne Anrechnung auf sein Gebot übernehmen oder doch so viel bieten mußte, daß damit die Vorhypothekarier abgefunden werden konnten.[1]) Ferner blieb es im Gegensatz zum römischen Recht

[1]) Krech und Fischer: Preuß. Gesetz betr. die Zwangsvollstr. ins unbewegliche Vermögen. Einleitung S. 27.

Digitized by Google

in Deutschland allgemeine Regel, daß die Veräußerung nur unter Leitung des Gerichts stattfand. Dies gilt übrigens auch vom Verkauf beweglicher Sachen, wenngleich die Versteigerung selbst hier durch einen Subaltern- oder Unterbeamten ausgeführt wurde.

Im Anschluß an das deutsch-rechtliche Versprechen zu Hand und Halfter und an die Lehre der Italiener entwickelte sich in Deutschland allgemein die Personalhaft zu einem indirekten Zwangsmittel gegen den nicht zahlenden verurtheilten Schuldner. Die Personalhaft aber galt als ein vom Staate dem Gläubiger zur Verfügung gestelltes Zwangsmittel und wurde daher im öffentlichen Gefängniß vollstreckt. Die neuere Zeit war wie überhaupt gegen den indirekten Zwang, so insbesondere, und mit Recht, gegen die Schuldhaft. Es trat zunächst eine Milderung insofern ein, als die Schuldhaft hie und da nur bei Wechselschulden für zulässig erklärt wurde. In neuester Zeit ist sie durch Bundesgesetz vom 29. Mai 1868 als Zwangsmittel ganz abgeschafft worden.

§ 59. Wie bei der Darstellung des mittelalterlich-deutschen Prozesses (II. 1 § 50) gezeigt worden ist, hatte sich das deutsche Konkursrecht schon vor der Reception des fremden Rechtes in den deutschen Handelsstädten zu einem hohen Grade der Vollkommenheit entwickelt. Auf seine Weiterbildung waren zwei historische Ereignisse von besonderem Einflusse.

Das erste, die Reception des italienischen Konkursrechtes, vollzog sich ohne erheblichen Widerstand. Hatte sich doch das italienische Recht vorzugsweise in den Handelsstädten entwickelt, wo gleiche Bedürfnisse zu gleichen Rechtseinrichtungen geführt hatten. In Deutschland wie in Italien war der Konkurs „ein in ein Exekutionsverfahren auslaufendes Arrestverfahren". Aber man nahm aus der italienischen Lehre die Grundsätze des römischen Rechts über die Pfand- und Vorzugsrechte herüber, das gesammte materielle Konkursrecht wurde römisch, die italienische Lehre von der cessio bonorum, der öffentlichen Ladung der Gläubiger, von der Verwaltung des Vermögens durch einen curator bonorum ging in das deutsche Konkursrecht über.

Das zweite Ereigniß war das Erscheinen des Werkes von Salgado de Samoza, einem Spanier. Das Werk erschien im Jahre 1646 und nannte sich charakteristisch

Digitized by Google

Labyrinthus creditorum. Es gab der damals in Spanien herrschenden Auffassung, wonach die Thätigkeit der Gläubiger so gut wie nichts, die Officialthätigkeit des Gerichtes aber alles bedeutete, einen beredten, dabei präcisen und alle Einzelfragen erörternden Ausdruck. Nach dieser Auffassung ist die cessio bonorum eine Ueberlassung des Vermögens nicht an die Gläubiger, sondern an das Gericht, damit dieses das Vermögen verwalte, die darauf geltend gemachten Ansprüche feststelle und an die Gläubiger Zahlung leiste. Das Gericht bestellt einen Verwalter, der an Stelle des Gerichts thätig ist. Der Gemeinschuldner behält Eigenthum und Besitz seines Vermögens und bleibt handlungsfähig. Die Forderungen der Gläubiger werden beim Konkursgericht geltend gemacht, und alle Klagen gegen den Gemeinschuldner werden bei diesem Gericht erhoben mit der Wirkung, daß die andern Gläubiger die Einwendungen erheben dürfen, die dem Schuldner selbst zustehen. Erst wenn alle diese Forderungen, und wenn ferner die Vorrechte der privilegirten Forderungen feststehen, ergeht eine sententia graduationis, auf Grund deren die Vertheilung vorgenommen werden kann. Die Komplicirtheit der Vorrechtsordnung und die Vereinigung sämmtlicher Forderungsfeststellungen und Klagen in der Hand des Konkursgerichts und damit im Konkursverfahren war wohl geeignet, den Titel des genannten Werkes zu rechtfertigen.

Das Werk war eine bedeutende Erscheinung. Die Konsequenz, mit der es den Grundgedanken, daß der Konkurs Sache des Gerichtes sei, bis in alle Einzelheiten durchführte, gab ihm einen hohen wissenschaftlichen Werth und empfahl seine Beachtung auch in der Praxis. Daß es in Spanien entstanden und für spanische Verhältnisse berechnet war, that ihm keinen Eintrag in einer Zeit, in der man gegen nationale Gegensätze unempfindlich war. Auch in Deutschland fanden seine Lehren bereitwillige Aufnahme.

Das Konkursrecht hat in Deutschland eine reichsgesetzliche Regelung nicht erhalten. Da, wo die Landesgesetzgebung im Stiche ließ, füllte Doktrin und Praxis die Lücke aus. Zu verarbeiten waren dabei die im Volke herrschenden Rechtsanschauungen, die Lehre der Italiener und die neue Doktrin des Spaniers. Dazu kam, daß man sich im 17. Jahrhundert und noch mehr im 18. gewöhnte, auf die wirthschaftlichen Bedürfnisse des Verkehrs wenig zu achten und

Digitized by Google

alles Gewicht auf möglichst glatte formale Behandlung zu legen. So kam es, daß sich das gemeinrechtliche Konkursverfahren zu einer streng in Abschnitte gegliederten gerichtlichen Prozedurform entwickelte. Jeder Abschnitt des Verfahrens diente einem bestimmten Zwecke und wurde durch ein Urtheil abgeschlossen, damit eine feste Grundlage vorhanden sei, auf der sich das weitere Verfahren aufbauen könne.

1. Der erste Abschnitt ist das präparatorische Verfahren. Sein Zweck ist, festzustellen, ob die Voraussetzungen des Konkursverfahrens vorhanden seien. Dabei ist das Gericht an die Erklärungen der Parteien nicht gebunden, sondern übt eine ermittelnde, forschende Thätigkeit[1]) aus.

Wird festgestellt, daß der Schuldner sich im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befindet, und daß er eine Mehrheit von Gläubigern hat (daher concursus creditorum), so wird mittelst des decretum de aperiundo concursu das Verfahren eröffnet und zum Zwecke der Verwaltung des Vermögens ein curator, zur Wahrnehmung der Rechte des Gemeinschuldners ein contradictor bestellt. Die cessio bonorum verlor ihren ursprünglichen Charakter, sie war nichts weiter mehr als die Insolvenzerklärung des Schuldners, auf welche hin der Konkurs eröffnet werden konnte, wie wenn die Gläubiger die Konkurseröffnung beantragt hätten.

Hieran schließt sich 2) das Liquidationsverfahren. Sein Zweck ist die Feststellung der zuzulassenden Ansprüche, der Schuldenmasse. Durch öffentliche Aufforderung wird eine Präklusivfrist oder ein Präklusivtermin zur Anmeldung der Forderungen festgesetzt. An dem Konkurse nehmen nicht Theil die sogenannten Vindikanten, welche Herausgabe einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache verlangen, sowie der Faustpfandgläubiger, während die Hypothekengläubiger sich in den Konkurs einlassen müssen. Ueber jede Forderungsanmeldung hat sich der Kontradiktor zu erklären. Bestreitet er die Forderung, so ist sie in einem Einzelprozesse festzustellen.

3. In manchen Gebieten verbunden, in anderen getrennt vom Liquidationsverfahren erfolgt das Prioritätsverfahren, das den Zweck hat, jeder einzelnen Forderung die ihr zukommende Stelle nach der äußerst verwickelt ge-

[1]) Ueber diesen Begriff Allgemeiner Theil I § 70.

Digitized by Google

wordenen Rangordnung zuzuweisen. Auch hier waren Einzelprozesse über das in Anspruch genommene Vorrecht möglich und häufig, und erst nach rechtskräftiger Feststellung der Forderungen und ihrer etwaigen Vorrechte ergeht das sogen. Lokationsurtheil (sententia collocatoria), das jeder einzelnen Forderung den Platz anweist.

4. Ist das Lokationsurtheil rechtskräftig, so erfolgt auf Grund der bisherigen Ergebnisse der Versilberung ein Distributionsbescheid, der für jede Forderung den ihr zufallenden Betrag festsetzt. Es können indessen auch Abschlagsvertheilungen stattfinden. Regelmäßig aber mußte das Liquidations- und Prioritätsverfahren eine so erhebliche Zeit in Anspruch nehmen, daß die Versilberung der Masse längst beendet war.

B. Der außerordentliche Prozeß.

§ 60. Jedes Verfahren, welches von dem gesetzlichen oder herkömmlichen, die Regel bildenden abweicht, muß als außerordentliches bezeichnet werden. Worin die Abweichung besteht, und ob sie auf eine Abkürzung oder auf eine gründlichere Erörterung abzielt, ob dabei wesentliche oder unwesentliche Grundsätze des Prozeßrechts außer Anwendung gelassen werden, ist an und für sich gleichgültig. Da aber der ordentliche Prozeß des gemeinen Rechtes in Umständlichkeit und Langsamkeit schon das äußerste leistete, so verband man mit dem Gedanken an eine Abweichung des Verfahrens stets den einer Abkürzung oder Vereinfachung, und man nannte das abweichende Verfahren summarischen Prozeß. Die gemeinrechtliche Doktrin ging aber weiter; sie fühlte, daß die verschiedenen Prozeßarten untereinander wieder so erheblich abwichen, daß es wissenschaftlich geboten und auch für die Praxis förderlich sei, nach einem weiteren Eintheilungsgrunde zu suchen.

Man gelangte so zu folgender Uebersicht.

1) Es gebe Verfahrensarten, welche zwar von dem ordentlichen Prozesse abwichen, sich aber von seinen Grundregeln nicht entfernten, von jenem also sich nur in unwesentlichen Punkten, so in der Länge der Fristen, der Zahl der Schriftsätze, den Solennitäten des Beweisverfahrens unterschieden, und es gebe

2) Prozeßarten, welche sich von den Grundsätzen des

Digitized by Google

Prozeßrechts loslösten und daher den ordentlichen Prozeßgang vollständig verließen.

Da nun jene Verfahrensarten (1) nicht einer einheitlichen bindenden Norm unterlagen, ihre Abweichungen vielmehr vom richterlichen Ermessen abhingen, das summarische an ihnen also etwas unbestimmbares war, die Prozeßregeln aber beobachtet wurden, so faßte man diese Prozeßarten unter dem Namen des regulär-unbestimmten summarischen Prozesses zusammen. Da aber bei der zweiten Kategorie von den Regeln des Prozeßrechts abgegangen wurde und daher eine Norm geboten war, welche dieses Abgehen zuließ und das Maß der Abweichung bestimmte, so nannte man sie irregulär-bestimmt summarischen Prozeß.

Wie Briegleb [1]) nachgewiesen hat, ist diese Eintheilung insofern eine unrichtige, als der Ausdruck summaria cognitio und summarisches Verfahren nur auf denjenigen Prozeß paßt, der in dem Prozeßstoff, nicht auf den, der in der Verfahrensform vom ordentlichen Prozesse abweicht. Der sog. unbestimmt summarische Prozeß sei also ein summarisches Verfahren in diesem Sinne nicht, sondern nur ein beschleunigtes ordentliches Verfahren. Das eigentliche summarische Verfahren beschränke den Prozeßstoff und bestehe in einer materiell eingeengten Vertheidigung des Beklagten. Obwohl dieser Hinweis vollkommen zutreffend war, soll die herkömmliche Eintheilung ihrer Gangbarkeit wegen doch festgehalten werden.

1. Die regulär-unbestimmt summarischen Prozesse.

§ 61. Die Zulässigkeit eines in diesem Sinne summarischen, besser abgekürzten Verfahrens war durch die Clementina saepe zum ersten Male gesetzlich anerkannt. Man hat sich auf sie immer wieder berufen, aber sie war bei der Ausbildung der hier zu besprechenden Prozeßarten längst nicht mehr die Quelle des summarischen Prozeßrechts. Denn das Verfahren der Clementina saepe ist in Deutschland zum ordentlichen Prozesse geworden.

Die Eigenthümlichkeit dieser Prozeßarten besteht darin, daß eine vollständige Verhandlung der ganzen Streitsache stattfindet, daß insbesondere die Vertheidigung des Beklagten nicht beschränkt wird, daß aber der Richter berechtigt ist, da,

[1]) Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. 1859.

Digitized by Google

wo er die Nothwendigkeit einer Beschleunigung empfindet, die Termine und Schriftsätze zu vermindern, die Fristen abzukürzen, von jeder unnöthigen Förmlichkeit abzusehen. Aber es ist nicht gestattet, von dem Grundsatz der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs, vom Grundsatz der Schriftlichkeit und von der Verhandlungs-Maxime abzuweichen. Auch bewegt sich das Verfahren in der Ordnung, wie sie für andere Prozesse vorgeschrieben ist: es folgt dem Schriftenwechsel das Beweisverfahren, dann das Urtheil und diesem die Exekution.

Der regulär summarische Prozeß kann in jedem Rechtsstreit gewählt werden, der sich für dieses Verfahren eignet, doch bedarf es dazu des Antrages des Klägers, der in der Prozeßbitte, einem Bestandtheile des Klagepetitums, ausgesprochen wird. Fälle, in denen das summarische Verfahren regelmäßig gewählt wurde, waren Bagatellsachen, für deren Begriffsbestimmung jedoch Mangels gemeinrechtlicher Vorschriften über eine bestimmte Streitsumme das richterliche Ermessen entschied, Alimentensachen, wenn ein unmittelbarer Anspruch auf Alimentation geltend gemacht wird und Gefahr im Verzuge ist, Bausstreitigkeiten (operis novi nuntiatio, cautio damni infecti), provisorische Verfügungen, Incidentstreitigkeiten, Besitzprozesse, Provokationsprozesse und Exhibitionssachen, Prozesse auf Räumung gemietheter Sachen, Gesindestreitigkeiten. Besonderer Hervorhebung sind folgende Fälle werth.

a) Der Provokationsprozeß.

Das gemeine Recht kannte zwei Fälle, in denen es einer Partei erlaubt ist, eine andere Partei zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte aufzufordern. Uebrigens ist der Provokationsprozeß nur insofern ein summarischer, als der Grund der Provokation schon in der Klage bescheinigt sein muß.

α) Wenn Jemand sich eines Anspruches gegen einen Andern rühmt, so ist der angebliche Schuldner (der Diffamat) berechtigt, bei dem Gericht seines Wohnorts gegen jenen, (den Diffamanten) zu klagen, mit dem Antrage, daß jener innerhalb einer bestimmten Frist den vermeintlichen Anspruch geltend machen solle, widrigenfalls ihm ewiges Stillschweigen über den Anspruch auferlegt werde. Die Thatsachen, welche den Antrag begründen, sind einigermaßen zu bescheinigen (J R A. § 83). Der Klageschriftsatz wird dem Diffamanten unter Festsetzung einer Frist mitgetheilt.

Digitized by Google

Leugnet er, so ist kontradiktorisch zu verhandeln und eventuell nach dem Antrage des Diffamaten zu erkennen. Stellt der Diffamant die Hauptklage an, so ist der Provokationsprozeß erledigt; läßt er die ihm gestellte Frist verstreichen, so wird auf accusatio contumaciae nach dem Antrage erkannt.

Diese Prozeßform, welche die Praxis unter Anwendung der l. 5 C. 7,14 ausgebildet hatte (vgl. RGO. von 1555. JRA. § 83), nennt sich Provocatio ex lege Diffamari.

β) Ferner kann derjenige, dem eine Einrede zusteht, verlangen, daß der Klagberechtigte die Klage alsbald erhebe, wenn er besorgt, es könne ihm durch eine Veränderung der Umstände die Einrede verloren gehen. Die Provokation, die auch hier auf eine Stelle des römischen Rechts gestützt wird (l. 28 D. 46,1), gleichwohl aber eine Institution des Gerichtsgebrauches ist, geht hier dahin, daß dem Klageberechtigten aufgegeben werde, binnen einer bestimmten Frist zu klagen, widrigenfalls er jene Einrede des Provokanten trotz etwa veränderter Umstände gegen sich gelten lassen müsse. Stellt der Provokat innerhalb der Frist die Hauptklage an, so ist der Provokationsprozeß erledigt, läßt er die Frist verstreichen, so wird auf accusatio contumaciae nach Maßgabe der Provokation erkannt; macht er Einwendungen, so ist kontradiktorisch zu verhandeln.

b) Der Besitzprozeß.

Possessorischer oder Besitzprozeß ist derjenige, der lediglich die Frage, wer thatsächlich Besitzer ist, zum Gegenstande hat, ohne zu berücksichtigen, wem ein Recht auf den Besitz zusteht. Die Besitzrechtsfrage ist Gegenstand des sog. Petitoriums.

α) Beim interdictum uti possidetis hatte sich schon bei den Italienern (oben § 37) eine Scheidung zwischen dem possessorium ordinarium und dem p. summarium entwickelt. Dieser Gedanke hatte in Deutschland um so bereitwilliger Aufnahme gefunden, als er unzweifelhaft deutschrechtlichen Anschauungen entsprungen war. Der Gegensatz wurde noch verschärft: das ordinarium wurde zu einem Prozesse, der das Recht zum Besitze erörterte, das summarium oder summariissimum aber wurde zum eigentlichen Besitzprozeß. Für diesen war ein möglichst abgekürztes Verfahren geboten, für das ordinarium aber trat das Bedürfniß der Beschleunigung mehr und mehr zurück.

Die Besonderheiten des summariissimum bestanden darin,

Digitized by Google

daß eine bloße Bescheinigung der Klagethatsache genügte, und daß nur solche Einreden zugelassen wurden, welche sofort liquid waren. Ferner hatte kein gegen das Urtheil (Manutenenzdekret genannt) erhobenes Rechtsmittel Suspensiveffekt. Im ordinarium genügten nicht bloße Bescheinigungen, es wurde wirklicher Beweis erfordert; das Urtheil ist ein wahres Definitiverkenntniß, das durch Rechtsmittel suspendirt werden kann.

β) Bei den interdictis adipiscendae possessionis richtet sich das Verfahren nach der Lage des Falles.

γ) Die interdicta recuperandae possessionis (die heutige Spolienklage) werden gleichfalls regelmäßig summarisch behandelt. (KGO. v. 1555 Th. III Tit. 3 § 6).

2) Die irregulär-bestimmt summarischen Prozesse.

Diese nur für bestimmte Fälle zugelassenen und in bestimmten gesetzlichen Bahnen sich bewegenden Prozesse haben den Zweck, besondere Rechtsschutzbedürfnisse zu befriedigen, die aber befriedigt werden können blos dann, wenn nur eine Partei gehört und die Gegenpartei entweder gar nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gehört wird. Jene Bedürfnisse gehen auf schleunigste Feststellung von Ansprüchen, die sofort bewiesen und vom Gegner höchstwahrscheinlich nicht bestritten werden können, oder auf Sicherung gegen böswillige Gefährdung durch den Schuldner. In jenem ersten Falle erstrebt der Prozeß die möglichst baldige Ertheilung eines sog. vollstreckbaren Schuldtitels, auf Grund dessen sofort die Exekution begonnen werden kann, in dem zweiten Falle wird die Exekution vorweggenommen. In allen Fällen wird mit einer gewissen Rücksichtslosigkeit gegen den Beklagten vorgegangen, das Gesetz verlangt daher gewisse Garantien dafür, daß die Energie des summarischen Verfahrens nur zu Gunsten wirklich bestehenden Rechtes entfesselt werde. Und in jedem Falle führt der summarische Prozeß nur zu einer vorläufigen Entscheidung, denn sie ruht auf einer nicht zuverlässigen Grundlage. Diese Prozesse sind:

a. der Exekutivprozeß,
b. der Mandatsprozeß,
c. der Arrestprozeß.

a. Der Exekutivprozeß.

Seine Eigenthümlichkeit besteht darin, daß er mit dem

Digitized by Google

Beweise beginnt. Er setzt voraus, daß der Kläger seinen Anspruch durch eine Urkunde beweisen kann.

Das Verfahren besteht daher in Folgendem: Der Kläger tritt schon in der Klage den Beweis an, indem er die Urkunde überreicht, wenigstens in Abschrift, darauf setzt der Richter Termin an, zu welchem beide Parteien geladen werden, der Beklagte zur Erklärung auf die Klage, der Kläger zur Vorlegung der Urschrift der Urkunde. Erscheint der Beklagte nicht, so gilt die Urkunde als anerkannt, es ergeht daher ein kondemnirendes Erkenntniß. Erscheint er, so hat er sich auf Vorlegung der Urkunde über deren Echtheit zu erklären. Bestreitet er die Echtheit, so muß er den Diffessionseid leisten. Einreden werden nur berücksichtigt, wenn sie sofort liquid gestellt werden, die gemeinrechtliche Praxis ließ nur Urkundenbeweis, die Praxis der sächsischen Gerichte auch Eidesdelation zu. Einreden, die hiernach im Exekutivprozesse nicht gehört wurden, konnte der Beklagte nachher im ordentlichen Verfahren geltend machen, dazu gehörte aber eine sog. Nachklage. Der Exekutivprozeß war mit dem in ihm erlassenen Urtheil beendet.

Wie der Exekutivprozeß in Italien entstanden ist, wurde oben (§ 36 Nr. 2) zur Darstellung gebracht. In Deutschland war man bereits zu ähnlichen Einrichtungen gelangt, als die Reception des fremden Prozesses begann. Der germanische Schuldprozeß mit Urkunden und Gerichtszeugniß diente demselben Bedürfniß wie der Exekutivprozeß der Italiener, aber er war von diesem doch dadurch wesentlich verschieden, daß im italienischen Recht die Vertheidigung des Beklagten beschränkt wurde, in Deutschland dagegen nur die Beweisfrage zu Ungunsten des Beklagten anders gestellt wurde als in gewöhnlichen Fällen.[1]) Die geistlichen Gerichte in Deutschland hatten aber schon seit dem 13. Jahrhundert die Einrichtung aufgenommen, sog. Confessatbriefe nach dem Muster der italienischen documenta guarentigiata aufzunehmen und zur Durchführung des in ihnen enthaltenen Schuldbekenntnisses den italienischen Exekutivprozeß zuzulassen. Diese Einrichtung wurde von weltlichen Gerichten nachgeahmt. Hier pflegte man die Schuldbekenntnisse, die zur

[1]) A. M. v. Bar: Das Beweisurtheil. S. 255 ff. Gegen ihn jedoch außer Briegleb auch Wach: Ital. Arrestprozeß. S. 67 Anm. 39. Vgl. mittelalterlich-deutschen Prozeß. II. 1 § 41.

Digitized by Google

Eintragung in die Gerichtsbücher führten, mit der Exekutivklausel auszustatten.[1]) Diese Klausel gewährte dem Gläubiger das Recht eigenmächtiger Pfändung. Die Mißbräuche, die das Selbstpfändungsrecht nach sich zog, führten aber dahin, daß man dem Gläubiger jenes Recht nur dann einräumte, wenn der Schuldner sich mit dem Zusatz „ohne Recht", d. h. ohne Gericht, der Pfändung unterworfen hatte, während man im andern Falle den Gläubiger an das Gericht wies, damit dort die Vollstreckbarkeit seiner Forderung geprüft werde. Der Landfriede von 1495 endlich beseitigte die Privatexekution vollständig, so daß in jedem Falle das gerichtliche Verfahren nicht zu umgehen war. Man wandte auf diesen Prozeß einfach den Exekutivprozeß der italienischen Lehre an und gelangte zu einer Praxis, die durch den Westphälischen Frieden und durch den JRA. (§§ 107, 174) bestätigt wurde (Instr. pac. Osn. IV § 47). So entwickelte sich die oben dargestellte Prozeßart aus wesentlich germanischen Elementen.

b. Der Mandatsprozeß.[2])

Sowohl in Deutschland als in Italien waren Zahlungsgebote, praecepta executiva, bekannt, die auf Antrag des Gläubigers an den Schuldner erlassen, die Exekution vorbereiteten. Ein solcher Befehl trat außer Kraft, wenn der Schuldner vor Gericht erschien und seine Schuld bestritt; er wurde vollstreckbar, wenn der Schuldner den Widerspruch unterließ. Diese Rechtseinrichtung wurde von der Lehre des gemeinen Rechts in einen Mandatsprozeß umgestaltet.

Die Reichsgerichte erließen schon früh ohne vorherige Verhandlung bei klarem Unrecht zur Sicherung des Landfriedens unbedingte Strafbefehle und Restitutionsmandate. Später ließ man gegen derartige Mandate die exceptio ob- oder subreptionis zu, und die K G O. von 1555 gestattete mit Ausnahme weniger Fälle nur solche Mandate, die clausulae justificatoriae enthielten, d. h. dem Belangten eröffneten, daß es ihm gestattet sei, dem Befehle zu widersprechen. Aber auch wenn ein unbedingtes Mandat erlassen war, durfte der Belangte nach Befolgung des Befehles seine Einwendungen geltend machen. So bildete sich ein Gegensatz von unbedingtem und bedingtem Mandatsprozeß.

[1]) Heusler Ztschft. für Rechtsgeschichte (germ.). Bd. 6 S. 127 ff.
[2]) Namentlich Skedl: Das Mahnverfahren. 1891. S. 36 ff.

Digitized by Google

Der unbedingte Mandatsprozeß war nach der K G O. von 1555 und dem D. A. von 1600 zulässig ob factum nullo jure justificabile, ob damnum irreparabile, ob detrimentum rei publicae, ob periculum in mora, in „andern Fällen, in denen vermög der Recht a praecepto ohne vorgehende Erkenntniß angefangen werden mag", ferner wegen Schuldforderungen aus Urkunden, welche mit der Exekutivklausel versehen sind.

Man verlangte von jeher, daß der Antragsteller in seinem Gesuche die Gründe für den Antrag darlege und bis zu dem Grade erweise, daß eine Einrede dagegen nicht wohl „denkbar" sei. Genügte der Antrag diesem Erforderniß, so erließ der Richter das erbetene Mandat nach dem Bedürfnisse des konkreten Falles und drohte für den Fall des Ungehorsams eine Strafe an. Seit dem Reichsabschiede von 1570 (§ 82) sollte mit dem Mandate die Ladung des Beklagten zu einem Termine verbunden werden, in welchem er die Befolgung des Mandats nachweisen oder mit ansehen sollte, wie er zu der angedrohten Strafe verurtheilt werden würde. Im D. A. von 1600 wird aber bestimmt, daß der Beklagte in dem Termine die Ursachen vorzubringen hätte, aus denen etwa die Befolgung des Mandats unterblieben wäre. Wird dem Mandat Folge geleistet, so ist der Mandatsprozeß zu Ende; wird es unbeachtet gelassen, so wird auf accusatio contumaciae der Befehl erneuert. Wird auch dieser Befehl nicht befolgt, so erfolgt auf Antrag des Klägers die Exekution. Erschien der Beklagte, so konnte er die exceptio ob- oder subreptionis geltend machen. Die Praxis gelangte auf Grund der Reichsgesetze zu folgenden Grundsätzen: Der Beklagte hat alle dilatorischen Einreden, deren Nichtbeachtung eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben würde, er hat ferner die exceptio non rite formati processus, wird aber mit allen den Hauptanspruch betreffenden peremtorischen Einreden zum besonderen Verfahren verwiesen. Ist dem Mandate überhaupt widersprochen, der Widerspruch aber für unbegründet befunden worden, so wird das anfangs nur in Form eines einfachen Dekrets erlassene Mandat durch Urtheil bestätigt.

Der bedingte Mandatsprozeß ist auf bestimmte Fälle nicht beschränkt, doch wendet ihn die Praxis nur da an, wo die Klagethatsachen wenigstens wahrscheinlich sind und die Geltendmachung von Einreden zwar denkbar ist, aber nicht

Digitized by Google

erwartet wird. Der Beklagte kann hier alle dilatorischen und peremtorischen Einreden vorbringen, die er im ordentlichen Prozesse hätte geltend machen können. Läßt der Beklagte das an ihn erlassene Mandat unbefolgt, so wird es auf Antrag des Klägers ohne Klausel erneuert, und wenn auch dieses keinen Erfolg hat, auf Antrag vollstreckt. Bringt der Beklagte Einwendungen vor, so wird, falls sie erheblich, kontradiktorisch wie im ordentlichen Verfahren verhandelt; sind sie von vornherein unerheblich, so wird ebenso verfahren wie im Falle der Kontumaz des Beklagten. Das Urtheil, das den Befehl aufrechterhält, nennt sich sententia paritoria (weil dem Beklagten darin Gehorsam anbefohlen wird). Es hat im unbedingten Mandatsprozeß nur die Bedeutung eines Interlokuts, im bedingten aber die eines Endurtheils. Es war daher nicht ganz korrekt, wenn gelehrt wurde, der Mandatsprozeß begänne mit dem Urtheil.

3. Der Arrestprozeß.

Auch der Arrestprozeß ist in Italien entstanden und aus dem Selbstpfändungsrecht hervorgegangen (oben § 36). Auch er war ursprünglich germanisch und wurde bei der Reception des fremden Rechtes ohne Widerspruch herübergenommen, weil man auch in Deutschland ziemlich allgemein arrestatorische Maßnahmen des Gerichts zuließ und mit dem Hauptprozesse verband (oben II. 1 § 52).

Unter Arrest verstand man die Sicherung eines Anspruchs dadurch, daß man dem Schuldner die Verfügung über einen bestimmten Gegenstand oder über sein gesammtes Vermögen unmöglich machte. Diesen Zweck erreichte man durch eine gerichtliche Beschlagnahme des Vermögens (Realarrest) oder der Person des Schuldners (Personalarrest). Man kann daher sagen, das regelwidrige des Arrestprozesses bestehe darin, daß er mit der Exekution beginne.

Zur Voraussetzung hat dieses Verfahren 1. einen vermögensrechtlichen Anspruch, der bescheinigt d. h. wahrscheinlich gemacht werden muß, 2. einen Arrestgrund, nämlich eine Thatsache, die eine Gefahr für die künftige erfolgreiche Exekution in sich birgt. Auch diese Thatsache muß wahrscheinlich gemacht werden. Regelmäßig wird außerdem die Stellung einer Kaution erfordert. Ist das Gesuch begründet befunden, so erläßt der Richter ein Dekret, durch welches er die verlangte Beschlagnahme anordnet und dem Gerichts-

Digitized by Google

diener aufträgt. Zugleich wird ein Termin zur Justifikation des Arrestes angesetzt, zu dem beide Parteien geladen werden. In diesem wird verhandelt nur über die Rechtmäßigkeit des Arrestes, eine etwa erforderliche Beweisaufnahme wird in möglichst abgekürzter Weise vorgenommen. Erweisen sich die Behauptungen des Antragstellers als richtig, so wird der Arrest für „justificirt" erachtet, anderenfalls wird er aufgehoben (relevatio arresti). Die gegen das Urtheil zulässigen Rechtsmittel haben keinen Suspensiveffekt.

Erscheint der Schuldner (Impetrat) im Justifikationstermine nicht, so wird der Arrest bestätigt, erscheint der Antragsteller (Impetrant) nicht, so erfolgt die Aufhebung des Arrestes.

Digitized by Google

VIII. Abschnitt.

Die Entwicklung des französischen Civilprozesses[1] und der englische Prozeß.

§ 63. Der französische Civilprozeß hat in der Kodifikation des Jahres 1806 lange Zeit in einem großen Theile Deutschlands gegolten, man hat bei den Reformen des Civilprozesses in Deutschland sich häufig und zuweilen eng an dieses französische Vorbild angeschlossen. Schon aus diesem Grunde kann eine kurze Wiedergabe seiner Hauptgrundsätze nicht umgangen werden.

Die Entwicklung des französischen Prozeßrechts bietet aber ferner eine rechtsgeschichtlich äußerst interessante Erscheinung. Denn diejenigen Elemente, die auf die Entwicklung des deutschen Prozeßrechts den erheblichsten Einfluß gewannen, das altgermanische Recht und die romanisch-kanonische Lehre, haben auch die Entwicklung des französischen Prozesses bestimmt.

Nichtsdestoweniger ist die Entwicklung fast gleichzeitig, nämlich 1654 in Deutschland und 1667 in Frankreich, zu durchaus verschiedenen Ergebnissen gelangt.

Frankreich zerfiel seit der Karolingerzeit in zwei Theile, die sich nach Sprache und Recht von einander unterschieden.

---

[1] Schäffner: Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs. 1845. Warnkönig u. Stein: Franz. Staats- u. Rechtsgeschichte. Insbes. III von L. Stein. 1875. Die unten angeführten Werke, von Schwalbach über den stilus curiae und von Tardif: proced. civ. aux XIII. et XIV. siècles. D'Espinay: de l'influence du droit canonique sur la législation française. 1856. Feuerbach: Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. 1825. Zahlreiche Aufsätze von Mittermaier, Kohler u. A. Auch Manfredini: il procedimento civile e le riforme. 1885.

Digitized by Google

Im Süden herrschte die dem lateinischen näherstehende langue d'oc, im Norden die von den germanischen Sprachen stark beeinflußte langue d'oil; dort galt das geschriebene, im wesentlichen römische Recht, hier herrschte Gewohnheitsrecht germanischen Ursprungs in bunter Mannigfaltigkeit, wenn auch mit gemeinsamen Grundzügen. In jene Länder, die terrae juris scripti, zog jene romanisch-kanonische Lehre, die von Oberitalien ausging, früher ein als in das nördliche Frankreich. Von hier aus ging sie in die terrae juris consuetudinarii über. Die Kirche erhob dieselben Ansprüche wie in Italien und anderwärts, und sie wandte wie überall so hier ihre eigenen Satzungen an. Auf diese Weise entbrannte der Kampf zwischen einheimischem und fremdem Recht mehrere Jahrhunderte früher als in Deutschland, er führte auch erheblich früher zu einem befriedigenden Ergebniß. Entscheidend wirkte in diesem Kampfe die Erstarkung des französischen Königthums und der Einfluß des Königsgerichtes. In diesem letzteren arbeiteten weltliche und geistliche Große nebeneinander, die einen mit der Neigung, ihr angestammtes Recht, die andern mit dem Verlangen, das kanonische Recht zur Geltung zu bringen. Die Curia regis ist die Fortsetzung des alten fränkischen Königsgerichts und übte wie jenes die Funktionen eines Billigkeitsgerichtshofes, dem es nicht auf die unerbittliche Rechtskonsequenz, sondern auf die Anwendung dessen ankam, was im einzelnen Falle vernünftig und zweckmäßig erschien. In diesem Gerichtshofe traten römisches und einheimisches Recht mit einander in Berührung. Man nahm aus jenem herüber, was man für zweckmäßig hielt, gab aber von dem eigenen Recht nichts auf, was sich bewährt hatte. In diese für die Geschichte des französischen Rechtes kritische Periode fiel aber die Zeit, in welcher der Papst in völlige Abhängigkeit von den französischen Königen gerieth, und es fehlte in Frankreich der für Deutschland maßgebend gewesenen Anschauung von der Nachfolgeschaft der deutschen Kaiser nach den römischen Kaisern die historische Berechtigung. Alles das führte zu einer Behandlung des fremden Rechtes in Frankreich, die wesentlich verschieden war von der Stellung, die man in Deutschland gegenüber dem romanischen Rechte einnahm. In Deutschland hielt man sich an das fremde Recht gebunden, in Frankreich nahm man es freiwillig auf und ging darin nur so weit, als man es für zweckmäßig hielt.

Digitized by Google

So bildete sich in Frankreich eine Rechtspraxis aus, die von der Curia regis sich über das ganze Land verbreitete.

Sie überwand die Auswüchse des feudalen Rechts mit seinen germanischen Gewohnheiten, das ganze Beweisrecht der Feudalzeit mußte den rationellen Grundsätzen des fremden Rechtes weichen; man hielt sich aber andererseits an die Beweisregeln des kanonischen Rechtes nicht gebunden.

Die französischen Könige lehnten ihre Gesetzgebung an die Praxis ihres eigenen Gerichtes an und setzten sie vermöge der Centralisation der Verwaltung durch ein geschultes Beamtenthum im ganzen Lande gegenüber den widerstrebenden feudalen Mächten durch. Fast alle Ordonnanzen seit dem 13. Jahrhundert sanktioniren und verbessern das von der Praxis herausgearbeitete Recht. Wie aber diese Praxis als der Ausdruck der Rechtsüberzeugung der höchsten Würdenträger und Beamten naturgemäß sich nicht sprungweise entwickeln konnte, so nahm auch die Gesetzgebung einen stetigen Verlauf. Auf diese Weise ist der Entwicklung des französischen Civilprozesses eine Stabilität beschieden gewesen, wie sie der deutschen Prozeßrechtsgeschichte fehlte. Der französischen Gesetzgebung ist aber auch der unheilvolle Einfluß erspart geblieben, den in Deutschland eine unpraktische, scholastische und pedantische Doktrin auf die Rechtsbildung ausübte.

§ 64. Von den zahlreichen Quellen des älteren französischen Rechts,[1]) dessen Coutumes (consuetudines) und usages wiederholt aufgezeichnet wurden, seien hervorgehoben:

1) Die Assises de Jérusalem. In den christlichen Staaten des Orients, die von Kreuzfahrern gegründet waren, kam französisches Recht zur Anwendung. Die Praxis der beiden Gerichtshöfe, der Haute Cour und der Baisse Cour, fand wiederholt Bearbeiter, insbesondere in Philippe de Navarre und Jean d' Ibelin. Das zum praktischen Gebrauche verfaßte Werk des letzteren wurde 1369 in Cypern als Gesetz publicirt. Sein Inhalt ist noch nicht berührt vom romanisch-kanonischen Einfluß, es enthält noch das reine altfranzösische Recht.

[1]) Vgl. die Uebersicht von Brunner in v. Holtzendorffs Rechtsencyklopädie.

Digitized by Google

2) Les Coutumes de Beauvoisis von Beaumanoir von 1283. Beaumanoir hatte als königlicher Beamter verschiedene Stellungen bekleidet, war sogar Parlamentsmitglied gewesen und gab eine Darstellung des im Lande Beauvoisis geltenden coutumiären Rechtes. Er kennt das römische und kanonische Recht, insbesondere den ordo judiciarius von Tankred, räumt aber den fremden Rechtsgedanken nur einen untergeordneten Einfluß ein. Sein Werk erlangte im Norden Frankreichs, da es sich nicht auf die Darstellung partikulärer Gewohnheiten beschränkte, eine Verbreitung und Autorität wie etwa der Sachsenspiegel in Norddeutschland. Wie dieser aber das zähe Festhalten an den althergebrachten Gewohnheiten begünstigte, beförderte Beaumanoir überall den Sinn für zeitgemäße Reform des Rechtes im Sinne einer Verstärkung der königlichen und richterlichen Gewalt.

3) Das wichtigste Werk bleibt immer der Stylus Curiae Parlamenti von Du Brueil, einem Advokaten des Pariser Parlaments. Es ist um 1330 verfaßt, also um dieselbe Zeit, in der in Deutschland der Richtsteig Landrechts erschien. Aber während dieses Werk noch ganz auf dem Boden des altsächsischen Rechts steht und damit den Beweis liefert, daß die Grundsätze der italienischen Lehre in Deutschland fremd waren, legt der Stylus Zeugniß ab von der bereits vollzogenen, maßvollen Reception des kanonischen Rechtes. Es giebt in systematischer Darstellung jenes Prozeßverfahren wieder, das in der Praxis der Curia regis entstanden, die Grundlage der weiteren Rechtsentwicklung gegeben hat. Sein Inhalt soll daher unten besonders zur Anschauung gebracht werden, wobei auf die Wiedergabe einzelner Theile des Werkes, des summarischen, exekutivischen und des sog. Novitätenprozesses, Verzicht geleistet werden mußte.

Von späteren Werken sollen nur noch genannt werden:

4) Die Somme rural von Jean Bouteiller aus dem Ende des 14. oder Anfang des 15. Jahrhunderts, die stark unter römischem Einflusse steht, und

5) Le Grant Coustumier de France, eine Zusammenstellung von Formeln, Urtheilen, Ordonnanzen und Abhandlungen, die bis 1539 als Handbuch für die Praxis häufig herausgegeben wurde.

Digitized by Google

§ 65. Der Prozeß des 13. und 14. Jahrhunderts zeigt durchgängig den Einfluß des romanisch-kanonischen Prozesses.[1]) Zwar hatten die Gerichte in den feudalen Seigneurien noch an dem altgermanischen Prozesse mit seinem formalen Beweissystem festgehalten, und der Zweikampf hatte hier eine Anwendung erlangt, die den Prozeß aus einem Rechtsstreit zu einem bloßen Waffengange herabdrückte, aber die letzten Reste dieses sogen. Prozeßverfahrens schwanden in dieser Periode.

Auf die einzelnen Erscheinungen dieser Uebergangszeit näher einzugehen, würde indessen zu weit führen. Statt dessen soll als Typus des damaligen Verfahrens nur der Prozeß des Pariser Parlaments zur Darstellung kommen nach dem Stylus du Brueils.[2])

Vor dem Pariser Parlament wurden in vielen Fällen Parteianwälte zugelassen. Der Kläger mußte aber in jedem Falle die Ladung an den Beklagten selbst richten. Erst nachdem die Partei sich mit ihrem Anwalte vor Gericht präsentirt hatte, war sie gegenüber dem Gericht und dem Gegner durch den Anwalt vertreten.

Das Verfahren vor dem Parlament war grundsätzlich ein mündliches. Denn die Thatsachen, die das Gericht seiner Entscheidung zu Grunde legen sollte, gelangten nur durch das Mittel mündlicher Rede, durch die plaidoirie, zu seiner Kenntniß. Kam es aber zu einer Beweisaufnahme vor einem beauftragten Richter, einer enquête, so wurde über das Ergebniß der Beweisaufnahme lediglich auf Grund der aufgenommenen Protokolle und der diesen von den Parteien beigelegten Schriftsätze (rationes juris) entschieden. Welchen Werth man indeß auf die Plaidoirie legte, geht daraus hervor, daß die Ordonnanzen von 1277 und 1320 dem Parlamente die Pflicht auferlegten, das Urtheil unmittelbar nach der Verhandlung oder doch nur wenige Tage nachher zu fällen, damit die Richter das Gehörte nicht inzwischen vergäßen. Indessen sollten Klagen um unbewegliches Gut schriftlich erhoben werden, und auch in andern Prozessen konnte das Gericht, nachdem die Klage mündlich erhoben war, die Uebergabe einer Klageschrift anordnen.

[1]) Tardif: la procédure civile et criminelle aux 13. et 14. siècles ou procédure de transition. Paris 1885.

[2]) Ich folge hier hauptsächlich dem Werke Schwalbachs: Der Civilprozeß des Pariser Parlaments nach dem Stilus du Brueils. 1881.

Digitized by Google

Jene Mündlichkeit war aber eine Gefahr für die Parteien. Da neben ihr die Verhandlungsmaxime das Verfahren aufs strengste beherrschte, so glaubte man, an das von der Partei gesprochene Wort gebunden zu sein, auch wenn klar zu erkennen war, daß das Wort nicht mit dem Willen der Partei im Einklang stehe. Namentlich wurde jede Unvollständigkeit der Erklärung nicht etwa nach dem Sinne des wirklich erklärten ergänzt, sondern als Verzicht oder Geständniß gegen die Partei verwerthet. Die Mündlichkeit des Verfahrens war also von recht zweifelhaftem Werthe.

Zutritt zur Verhandlung hatten nur die Parteien und die Advokaten. Die Berathung des Gerichts war geheim, die Verkündung der Entscheidung aber erfolgte mündlich vor den Parteien.

Der Prozeß beginnt mit der Ladung (adjornamentum, ajournement). Sie wird auf Befehl des Gerichts durch einen Huissier ausgeführt und zwar in mündlicher Form an den zu Ladenden persönlich oder in seinem Wohnsitz an eine dort anwesende Person. In dem schriftlichen Ladungsauftrage kann die Klage, die erhoben werden soll, angegeben und kurz begründet werden. Die Klageerhebung selbst erfolgt erst in der mündlichen Verhandlung vor Gericht. Dieser Verhandlung aber geht die Präsentation voran. Die Parteien haben sich nämlich bei Beginn der Parlamentssitzungen persönlich vor einem Mitgliede des Gerichts zu melden. Nach der Reihenfolge dieser Präsentationen bestimmt sich die Reihenfolge der zu verhandelnden Sachen in den für die Verhandlungen festgesetzten Tagen. Das Pariser Parlament trat nämlich alljährlich Anfang November zu einer Sitzungsperiode zusammen. Damit nun die Parteien nicht wiederholt die Reise nach Paris zu machen hätten, wurde den Sachen aus jedem einzelnen Bezirk ein bestimmter Zeitraum angewiesen, innerhalb dessen sie nach der Reihenfolge verhandelt wurden. Der erste Tag dieses Zeitraumes wurde für die Präsentationen bestimmt. Die Ladung erfolgte dementsprechend zur Präsentation und zu der bald darauf erfolgenden Verhandlung. Die Präsentation ist Voraussetzung der Zulassung der Partei zum Vortrag in der Verhandlung. Es treten deshalb beim Ausbleiben einer Partei die unten zu erörternden Versäumnißfolgen ein.

In der mündlichen Verhandlung kann der Beklagte

Digitized by Google

a) auf Grund einer exceptio dilatoria oder declinatoria Streitentlassung (congedium, congé) oder

b) Vertagung (dilatio) fordern oder endlich

c) in die Verhandlung der Sache eintreten.

a. Die Prozeßeinreden waren naturgemäß vor dem Vertagungsantrage vorzubringen, und zwar galt für sie eine bestimmte Reihenfolge.

b. Vertagung kann aus verschiedenen Gründen verlangt werden und scheint außerordentlich häufig verlangt worden zu sein. Zum Zwecke der Vorbereitung des Beklagten kann Dilation begehrt werden, wenn bei der Ladung Gegenstand und Grund der Klage nicht angegeben war, oder wenn der Beklagte ein factum alienum, insbesondere seines Erblassers, vertreten sollte. Handelte es sich um eine Immobiliarklage, so konnte vorherige Besichtigung (vouta) und damit die genaue Bezeichnung des Grundstücks, folglich also Vertagung der Verhandlung gefordert werden. Endlich gab das Recht des Beklagten zum „Zuge an den Gewerен," d. h. bei Streit um Sachen, die der Beklagte derivativ erworben hatte, seinen Gewährsmann zu benennen und ihn in den Prozeß hineinzuziehen, die Veranlassung zu Vertagungen. Diese Dilationen bildeten sich zu einer Kalamität des französischen Prozesses. Denn in Paris konnte die vertagte Verhandlung erst vor dem neuen Parlamente im nächsten Jahre stattfinden.

c) Die Streiteinlassung des Beklagten ist nicht, wie im romanisch-kanonischen Prozesse ein Formalakt, sondern besteht in dem Widerspruch gegen die Klagethatsachen oder im Vorbringen peremtorischer Einreden (défense). Für diese Einreden ist eine Reihenfolge nicht vorgeschrieben. Jede Einrede, die Aufhebung der klägerischen Forderung behauptet, enthält das Geständniß, daß die Forderung entstanden, es gilt also nicht der im gemeinen Recht Deutschlands ausgebildete Grundsatz: Qui excipit non fatetur. Die Entscheidung erfolgt auf Grund der plaidoirie und der auf Verlangen des Gerichts zur Unterstützung seines Gedächtnisses eingereichten Schriften. Urkunden, auf die eine Partei Bezug nimmt, werden sogleich vorgelegt. War das nicht angängig, oder entstand Streit über die Echtheit der Urkunden, so trat jedenfalls eine Vertagung ein. Ausführliche Erörterung findet nur der Zeugenbeweis durch enquête. Eine solche war geboten, wenn die Parteien über Thatsachen oder über

Digitized by Google

die Existenz lokalen Gewohnheitsrechtes stritten. In diesem Falle hat jede Partei der Curia innerhalb dreier Tage die Artikel zu bezeichnen, welche sie beweisen will, und zwar schriftlich. Das Gericht ernennt alsdann einen beauftragten Richter ad concordandos articulos d. h. zur Feststellung dessen, was bestritten und was unbestritten ist. Diese Arbeit sollte in fünfzehn Tagen beendet sein. Darauf betreibt der Kläger die Beweisaufnahme über die streitig gebliebenen Artikel, indem er den mit der Zeugenvernehmung beauftragten Richter an Ort und Stelle bringt und ein adjornamentum für die Zeugen erwirkt und durch einen königlichen Beamten ausführen läßt. Ueber jeden Artikel sollen nicht mehr als 10 Zeugen vernommen werden, über Einwendungen gegen die Person eines Zeugen entscheidet nicht der Kommissar, sondern das Gericht, aber regelmäßig erst nach Vernehmung des Zeugen. Die Abhörung der Zeugen, welche zu vereidigen sind, erfolgt in Abwesenheit der Parteien und der anderen Zeugen. Hält eine Partei die Enquête für beendet, so beantragt sie beim Parlament, auf Grund der Enquête das Urtheil zu fällen, was nicht ausschließt, daß eine abermalige Enquête angeordnet wird.

Versäumnißfolgen treten ein, sowohl wenn eine Partei bei der Präsentation, als auch wenn sie in der Verhandlung nicht erscheint. Im Falle des Nichterscheinens (defectus, défaut) kann aber die erschienene Partei nur Feststellung der Säumniß ihres Gegners verlangen: der Kläger hat zu beweisen, daß er den Beklagten gehörig geladen hat, und der Beklagte hat zu beweisen, daß er geladen ist.

Um die ihr vortheilhafte Versäumnißfolge ziehen zu können, hat die erschienene Partei ihren ausgebliebenen Gegner vor das nächste Parlament zu laden ad videndum judicari utilitatem defectus. In diesem Termine kann aber die säumig gewesene Partei ihr Ausbleiben entschuldigen. Geschieht das nicht, so kann, wenn der Kläger ausgeblieben war, der Beklagte congedium und daneben Verurtheilung des Klägers in die Kosten verlangen. Beim Ausbleiben des Beklagten wird unterschieden: war eine actio personalis angestellt und die Klage nicht schon bei der Ladung genügend bezeichnet, so wird der Beklagte zu einem neuen Termine vor dasselbe Parlament geladen, und wenn er wieder nicht erscheint, der Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen; war die Klage aber schon in Gegenwart des Beklagten er-

Digitized by Google

hoben, so gilt der Klageanspruch als anerkannt; war eine actio realis angestellt und nach erfolgter venta der Beklagte einmal, bei noch nicht vorgenommener venta der Beklagte aber dreimal vergeblich geladen, so erlangt der Kläger Einweisung in den Besitz und dem Beklagten wird überlassen, innerhalb Jahresfrist die Eigenthumsklage anzustellen.

Jedenfalls bedurfte es eines vom Nichtsäumigen gestellten Antrages, daß das Gericht jene Folgen durch Urtheil ausspräche. Sonst verlor er das Recht auf die utilitas defectus.

Was die Rechtsmittel anlangt, so weist der Stylus Curiae noch den Gegensatz der coutumiären und der Länder des geschriebenen Rechtes auf. Dort war noch die Urtheilsschelte, wenn auch in wesentlich anderer Gestalt, als sie zu gleicher Zeit in Deutschland bestand, in Gebrauch. Hier aber war die Appellation des kanonischen Rechtes das gewöhnliche Rechtsmittel. Sie wurde eingelegt durch mündliche, gleich bei der Urtheilsverkündung abgegebene, zu Protokoll zu nehmende oder durch eine an das decendium appellationis gebundene schriftliche, an den judex a quo zu richtende Erklärung. Sie bewirkte, daß der Richter das angefochtene Urtheil nicht vollstrecken lassen durfte. Doch trat diese Wirkung wieder außer Kraft, wenn der Appellant nicht innerhalb dreier Monate seinen Gegner vor das Parlament lud. Bleibt hier der Appellant aus, so wird auf Antrag seines Gegners die Säumniß festgestellt und das angefochtene Urtheil der Vollstreckung überwiesen. Bleibt der Appellat aus, so wird auf Antrag des Appellanten die gehörig erfolgte Ladung festgestellt, worauf der Appellant seinen Gegner vor das nächste Parlament ad videndum etc. ladet. In der kontradiktorischen mündlichen Verhandlung dürfen neue Thatsachen und Beweise vorgebracht werden, was bei der Urtheilsschelte nicht zulässig war.

Daneben gab es eine Nichtigkeitsbeschwerde.

§ 66. Der Einfluß des Du Brueil'schen Werkes war ein außerordentlicher. Wie in Deutschland der Sachsenspiegel, so fand dieses Werk in Frankreich wiederholt gesetzliche Anerkennung, so daß seine Lehren auch die Untergerichte beherrschten. Was das Werk aber zu einem der wichtigsten Ereignisse der Rechtsgeschichte macht, ist, daß es den Typus des französischen Civilprozesses enthält. Zwar war das Eindringen des italisch-kanonischen Rechtes in den franzö-

Digitized by Google

fischen Prozeß noch lange nicht abgeschlossen, zwar haben zahlreiche Gesetze den veränderten Anschauungen und den Bedürfnissen des Lebens durch Reformen des Prozeßrechts Rechnung getragen, im wesentlichen aber haben sich die Grundsätze des Stylus Curiae bis heute erhalten. Die wichtigsten der zahlreichen Gesetze über Civilprozeß sind die Ordonnanzen von Montil-les-Tours von 1453 und von Villers-Cotterets vom Jahre 1539. Endlich hat die Entwicklung des französischen Prozeßrechts in der ordonnance civile Ludwigs XIV. vom Jahre 1667[1]) einen Abschluß gefunden, über den das französische Recht bis heute noch nicht hinausgegangen ist. Denn die Gesetzgebung von 1806 hat wesentliche Aenderungen nicht gebracht, die Bestimmungen der ordonnance civile sogar großentheils wörtlich wiederholt. Es bedarf daher für rechtsgeschichtliche Zwecke eines besonderen Eingehens auf die Gesetzgebung von 1667.

Sie schärft zunächst die schon wiederholt gegebene Bestimmung ein, daß das ajournement schriftlich erfolgen und die substantiirte Klage (les conclusions et sommairement les moyens de la demande) enthalten solle (a. donné par écrit et libellé). Der vom Kläger mit der Ladung beauftragte Huissier hat eine Abschrift des ajournement dem Beklagten zu übergeben und über diesen Akt eine von Zeugen zu unterschreibende Urkunde aufzunehmen. Diese schriftliche Klage bildet alsdann die Grundlage des weiteren Verfahrens.

Dem ajournement folgt die constitution de procureur. Die frühere Präsentation vor einem Richter war 1575 in eine Präsentation vor einem greffier (Registrator) umgewandelt worden. Die O. c. beseitigte die Nothwendigkeit der Präsentation des Klägers, ein Edikt von 1695 aber führte sie wieder ein. Sie bestand nach wie vor in einem persönlichen Erscheinen der Parteien oder ihrer Anwälte vor dem Greffier. Waren die Parteien durch procureurs vertreten, so überreichten sie diesem ihre Vollmacht mit der Wirkung, daß damit der Betrieb der Sache auf die Prokuratoren überging und nur diese mit einander verhandelten.

Während nun nach dem Stylus der Präsentation alsbald die mündliche Verhandlung folgen konnte, begann jetzt zunächst ein vorbereitender Schriftenwechsel unter den Parteien. Das Verfahren blieb grundsätzlich ein mündliches,

[1]) Fortan citirt mit O. c.

Digitized by Google

das Gericht konnte entscheiden nur auf Grund der ihm mündlich vorgetragenen Thatsachen. Es war aber eine stete Sorge der Gesetzgebung gewesen, die zahlreichen Vertagungen der mündlichen Verhandlung zu vermeiden. Um die Dilation wegen mangelnder Vorbereitung des Beklagten unmöglich zu machen, verlangte man, daß die Parteien sich die Behauptungen und Anträge, welche sie in der Verhandlung vor Gericht vorzubringen gedachten, vorher mittheilten. Es geschah dies ohne Mitwirkung des Gerichts. Das Gericht hatte an diesem Schriftenwechsel kein Interesse und erfuhr davon nichts.

Hatte das ajournement die Klage noch nicht vollständig enthalten, so war dies jetzt nachzuholen. Der Kläger mußte bailler une demande d. h. eine Klage anfertigen, welche eine vollständige Geschichtserzählung, die Angabe des Rechtsgrundes und ein petitum, conclusion, enthielt. Für diese Klage brauchte man außer dem Worte demande sowohl die Bezeichnung action, als den dem alten Rechte entnommenen Ausdruck plainte. Es war aber das römisch-kanonische Aktionenrecht vollständig an die Stelle der germanischen Auffassung von dem Wesen und dem Inhalt der Klage getreten.

In gleicher Weise ließ der Beklagte dem Kläger eine Vertheidigungsschrift zugehen. Er hatte nicht mehr das Recht, seine Einlassung zu dem Zwecke abzulehnen, um mit sich noch zu Rathe zu gehen oder das vom Kläger in Anspruch genommene Grundstück vorgewiesen zu erhalten. Ferner bestimmte die O. c., daß der Beklagte seine sämmtlichen dilatorischen Einreden auf einmal vorbringen sollte. Waren solche Einreden vorgebracht, so war der Beklagte von der Verpflichtung der Streiteinlassung und der Erhebung peremtorischer Einreden (exceptions péremtoires proprement dites, défentes an fond) befreit, es mußte daher zur mündlichen Verhandlung und Aburtheilung der dilatorischen Einreden geschritten werden. Die O. c. verlangte nun zwar, daß der Beklagte sein gesammtes Vertheidigungsmaterial in eine einzige Schrift zusammendrängen und sie in einer kurz bemessenen Frist dem Kläger zustellen lassen, der Kläger hierauf auch nur noch in einer Schrift antworten sollte. Indessen wurden diese wohlgemeinten Anordnungen nicht beachtet.

Diejenige Partei nun, welche meinte, daß die mündliche

Digitized by Google

Verhandlung der Sache genügend vorbereitet sei, meldete sie in der Gerichtsschreiberei (greffe) zur Eintragung in die Liste (rôle) an. Gleichzeitig bat die betreibende Partei um Ansetzung eines Termins zur mündlichen Verhandlung. Diesem Gesuche wurde durch das sog. avenir Seitens des Gerichtes stattgegeben. Das Gesuch war die contestation en cause, darf aber nicht verwechselt werden mit der Litiskontestation des kanonischen Rechtes, von der sie offenbar völlig verschieden ist. Die Sache gelangte mit diesem Akte an das Gericht, sie wurde rechtshängig.

Die mündliche Verhandlung war öffentlich. Die Parteien trugen nach der Reihe ihre Thatsachenbehauptungen und Rechtsausführungen vor und schlossen mit dem Antrage, der conclusion. In dieser Verhandlung lag das Schwergewicht des ganzen Prozesses. Die O. c. bestimmte daher, daß, wenn möglich, auf Grund dieser Verhandlung sofort das Urtheil gefällt werden sollte, und sie konnte in der That annehmen, daß die meisten Sachen auf Grund der mündlichen Verhandlung spruchreif sein müßten, denn der Zeugenbeweis war erheblich eingeschränkt, und die Urkunden, auf die sich die Parteien beriefen, mußten vor der Verhandlung auf der greffe niedergelegt werden.

Bis hierher ist das Verfahren der O. c. im wesentlichen einfach und natürlich. Eigenthümlich aber ist das Mittel, zu dem die O. c. in Fortbildung früheren Rechtes griff, wenn dem Gericht die Sache noch nicht genügend aufgeklärt erschien. Dieses Mittel war das appointement (die appunctatio), nämlich die Anordnung eines schriftlichen Verfahrens, so genannt, weil es ursprünglich dazu diente, das Gericht über die einzelnen Punkte aufzuklären. Mit diesem Dekret war häufig nichts weiter gewonnen, als daß die Parteien artikelweise in Schriftsätzen das wiederholten, was sie vorher im vorbereitenden Schriftwechsel einander mitgetheilt hatten, und daß das Gericht in verwickelteren Sachen für seine Entscheidung eine festere Grundlage erlangte, als es der leicht dahinfließende mündliche Vortrag war. Sehr häufig bestand dann das appointement in nichts anderem als in der Anordnung, daß die Anwälte ihre Akten bei Gericht einreichen sollten. In jedem Falle wurde ein Berichterstatter (rapporteur) ernannt, welcher auf Grund der nun entstehenden Akten einen status causae et controversiae entwarf und dem Gericht vortrug, das nun

Digitized by Google

auf Grund dieses Berichtes das Urtheil fällte. Die O. c. hielt dieses Mittel, den Prozeß in einen schriftlichen zu verwandeln, aufrecht, bestimmte aber, um auch hier unnöthiger Verzögerung zu steuern, daß in einer Reihe von Fällen vom appointement kein Gebrauch gemacht werden solle. Hierher gehörten die sog. summarischen Sachen.

Auch im Beweisverfahren ist deutlich die Einwirkung des kanonischen Rechtes wahrzunehmen. Wie in diesem, so bestimmten im französischen Prozeß die Parteien darüber, was zu beweisen sei, und welche Partei den Beweis zu führen habe. Das Gericht erklärt nur im Allgemeinen, daß es in Betreff dieses oder jenes Punktes eine Aufklärung haben wolle. Diese Erklärung führt dazu, daß die Parteien Beweisartikel aufstellen und dem Gericht mittheilen. Der mit der Beweisaufnahme beauftragte Richter hat zwar die Befugniß, ungeeignete Artikel zu beseitigen, weiter geht aber die Befugniß des Richters nicht. Der Beweis beschränkt sich auf die streitig gebliebenen Artikel, über diese ist Beweis zu erheben, weil die Partei einen Beweis führen will, und auf die Beweislast kommt nichts an. Sind Zeugen zu vernehmen, so geschieht dies durch den beauftragten Richter. Nach Beendigung des Beweisverfahrens findet ein nochmaliges Plaidoyer unter Berücksichtigung der aufgenommenen Protokolle statt. Ein eigenthümliches Mittel, die Wahrheit festzustellen, hat die O. von 1539 aus dem kanonischen Recht herübergenommen und die O. c. beibehalten. Es sind die interrogatoires sur faits et articles. Jede Partei hat in jeder Lage des Prozesses das Recht, durch Vermittlung des Gerichts ihrem Gegner gewisse Fragen vorzulegen. Das Gericht lud den Gegner und befragte ihn in Abwesenheit der andern Partei. Wurde die Antwort verweigert, so galt der betreffende Artikel als zugestanden. Das Mittel hat sich jedoch als unpraktisch erwiesen.

Ueber die Beweismittel sei hier nur so viel bemerkt, daß der Zeugenbeweis an Bedeutung mehr und mehr hinter den Urkundenbeweis zurücktrat und durch die Gesetzgebung ausdrücklich beschränkt wurde. Ferner kannte man den zugeschobenen Eid sowohl als den Ergänzungs- und den Reinigungseid. Auch hier folgte man den Bahnen des romanisch-kanonischen Prozesses, entfernte sich aber von ihm, indem man den Richter nicht in dem Maße an Beweisregeln band, als es das kanonische Recht that.

Digitized by Google

Die Urtheile waren entweder sentences définitives oder sentences interlocutoires. Sie wurden nach der Stimmenmehrheit beschlossen und in öffentlicher Sitzung verkündet. Mitgetheilt bei dieser Verkündung wurde aber nur die Entscheidung selbst (dispositif). Gründe (motifs) pflegte man nur beizufügen, wenn eine Partei Abschrift des Urtheils begehrte. In einem solchen Falle wurde dem Urtheil und seinen Gründen auch eine Darstellung des Sachverhältnisses beigegeben (die qualités). Diese wurden aber nicht vom Gericht, sondern von der betreibenden Partei gearbeitet, dem Gegner zur Genehmigung vorgelegt und eintretendenfalls durch den Vorsitzenden richtig gestellt.

Die Appellation mußte grundsätzlich sofort bei Verkündung des Urtheils eingelegt werden. Man war aber zu der eigenthümlichen Praxis gelangt, noch innerhalb eines Zeitraumes von 30 Jahren gegen Versäumung der Appellation Restitution zu gewähren. Die O. c. gewährte gegen diesen Mißstand nur geringe Abhülfe. Die Zustellung des Urtheils erfolgte auf Betreiben der Partei. Wurde ein Urtheil gar nicht zugestellt, so wurde es nie rechtskräftig. Ließ eine Partei dem Gegner das Urtheil zustellen, so erlangte es die Rechtskraft nach zehn Jahren, wenn nicht die betreibende Partei innerhalb dreier Jahre dem Gegner eine Frist zur Einlegung der Appellation setzen ließ. Die Appellation selbst erfolgte nicht mehr beim judex a quo, sondern durch Mittheilung von Anwalt zu Anwalt, ajournement vor das höhere Gericht, Präsentation und Plaidoirie vor diesem. Das Verfahren war dann das gleiche wie in erster Instanz.

Ein anderes, allen Instanzen gemeinsames Rechtsmittel war die opposition. Sie bestand in einem einfachen, an den judex a quo gerichteten Antrage, seine Entscheidung zurückzunehmen oder zu ändern, und veranlaßte daher den Richter zu erneuter Prüfung. Selbstverständlich bestanden für ein so einfaches Rechtsmittel erhebliche Beschränkungen, es bildete sich indessen zu dem eigens gegen Versäumnißurtheile zulässigen Angriffsmittel aus, mußte dann aber dans la huitaine gestellt werden. War die Frist verstrichen, so ließ man noch die Appellation zu, die zwar im Gegensatze zur Opposition Devolutiveffekt hatte, von vielen Gerichten aber als Opposition behandelt wurde, so daß die Sache in derselben Instanz verblieb.

Digitized by Google

Die requête civile war ein gegen ein Urtheil letzter Instanz gerichtetes, daher bei diesem selbst zu verhandelndes Rechtsmittel ohne Suspensiveffekt und glich am meisten der gemeinrechtlichen Restitution.

Die O. c. erklärte ferner das Cassationsverfahren für zulässig, ein wichtiger Schritt, der mit dem Sinken der Macht der Parlamente und dem Steigen der Macht des Staatsraths zusammenhing. Eine eigentliche Nichtigkeitsbeschwerde gab es in Frankreich nicht.

Mit der Urtheilsfällung war die Thätigkeit des Richters beendet. Die Exekution geschah auf Andringen des Siegers durch besondere Organe.

Das Versäumnißverfahren wurde durch die O. c. zu Gunsten größerer Strenge verbessert. Die sog. rabats d. h. die Wiederaufhebung eines Versäumnißurtheils im Falle Erscheinens des Säumigen in einer späteren Sitzung wurden beseitigt, und auf den Eintritt der Versäumnißfolge konnte in derselben Verhandlung erkannt werden, in welcher die eine Partei ausgeblieben war.

§ 67. Die O. c. hat dann später noch einige Abänderungen erfahren, und die Praxis hat sich manche Abweichungen von ihren verwickelten und formalistischen, aber wohlgemeinten Bestimmungen gestattet. Da sich erhebliche Mißstände unter ihrer Herrschaft einschlichen und die Prozesse ebenso langwierig als theuer waren, ging der Convent im Jahre 1793 an eine radikale Umgestaltung des Prozesses. Aber die Aenderungen, die er schuf, waren so tief eingreifend, und ihre Zweckmäßigkeit war so zweifelhaft, daß das Gesetz von 1793 schon nach einigen Jahren zurückgenommen und der frühere Rechtszustand wiederhergestellt wurde. Erst mit dem 1. Januar 1807 trat eine Aenderung ein. An diesem Tage nämlich trat der schon unter der Konsularregierung von einer Kommission unter dem Vorsitze des Staatsraths Treilhard ausgearbeitete code de la procédure civile in Kraft.

Dieses Gesetz vollendete die Rechtseinheit Frankreichs, vereinfachte und verbesserte das Verfahren in einzelnen Punkten, hielt aber nicht blos an den Grundprinzipien, sondern an allen den einzelnen Rechtsinstituten zu Grunde liegenden Gedanken fest und nahm einen großen Theil der O. c. wörtlich in sich auf.

Das Verfahren blieb also ein mündliches, durch einen außergerichtlichen Schriftenwechsel vorbereitetes. Es hielt an

Digitized by Google

der Verhandlungsmaxime und an dem Prinzip des Parteibetriebes fest, es kannte weder ein eigentliches Beweisurtheil noch die Eventualmaxime. Der Gefahr der Prozeßverschleppung trat die stark entwickelte Souveränität der Gerichte entgegen. Vermöge dieser sind die Gerichte in der Lage, alle Anführungen, Beweisanträge, Vorträge, die zwar formell begründet, aber unwahrscheinlich sind, einfach abzuschneiden. Da ferner der Zeugenbeweis bei Verträgen von mehr als 150 Franken Werth ausgeschlossen und der Urkunden- und Zeugenbeweis bevorzugt ist, so erfreut sich das ganze Verfahren allerdings einer gewissen Flüssigkeit und Elasticität, Vorzüge, die das französische Prozeßverfahren jedenfalls vor der Prozedurart des gemeinen deutschen Prozesses, wenngleich auf Kosten der Gründlichkeit, auf das vortheilhafteste auszeichnen. Da man überdies in Deutschland eine Zeit lang der Ansicht war, daß die Einführung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit in den Civilprozeß mit einem Schlage ideale Zustände herbeiführen werde, fand der französische Prozeß in Deutschland beredte, aber weit übertriebene Anpreisung, während man in Frankreich selbst die Reformbedürftigkeit des Prozeßverfahrens stets lebhaft empfunden hat.

Im einzelnen ist noch folgendes, für uns in Deutschland lehrreiches und interessantes hervorzuheben.

Es giebt in Frankreich Friedensrichter (juges de paix), Kreisgerichte (tribunaux civils d' arrondissement), Handelsgerichte (tribunaux de commerce), gewerbliche Schiedsgerichte (conseils de prud' hommes), Appellationsgerichte (cours d' appel) und einen Kassationshof (cour de cassation).

Die Friedensrichter sind Einzelrichter, alle anderen Gerichte Kollegien. Die Friedensrichter entscheiden auf alle persönlichen und Mobiliarklagen bis zu 200 Fr. und in einer Reihe von anderen, schleuniger Erledigung bedürfenden Rechtssachen. Soweit gegen ihre Entscheidungen die Appellation überhaupt zulässig ist, geht sie an die Kreisgerichte. Die Kreisgerichte entscheiden in Konkurrenz mit den Handelsgerichten in allen nicht vor die Friedensrichter gehörigen Sachen in erster Instanz. Die Appellhöfe sind Berufungsgerichte für die in erster Instanz vor die Kreis- und die Handelsgerichte gehörigen Sachen. Der Kassationshof ist zuständig für die Kassationsrekurse gegen in letzter Instanz erlassene Urtheile der unteren Gerichte. Er ist hervorgegangen aus dem Bestreben, die Macht der Parlamente, welche unabhängige Gerichtshöfe und zu-

Digitized by Google

gleich politische Körperschaften waren, zu brechen und ihre Entscheidungen zu vernichten, wenn sie nach Ansicht der erstarkten, alles beherrschenden königlichen Gewalt in deren Vorrechte eingriffen. Die Parlamente wurden ersetzt durch den conseil du roi, und aus diesem ist der Kassationshof hervorgegangen. Er sollte kein Gerichtshof, keine dritte Instanz, sondern ein Organ sein, das über die Rechtsprechung der sämmtlichen Gerichte im Interesse der Wahrung der Rechtseinheit eine Oberaufsicht führen, aber nicht selbst entscheiden sollte. Ein solches Organ schien in Frankreich um so mehr geboten, als die Rechtsverschiedenheiten in den einzelnen Parlamentsgebieten trotz aller Bemühungen der gesetzgebenden Gewalt fortdauerten. Der Kassationsrekurs findet daher vornehmlich dann statt, wenn das Gericht eine materiellrechtliche oder erheblichere prozessualische Vorschrift zu Unrecht nicht, oder wenn es sie nicht richtig angewandt hat. Der Kassationshof prüft nur die vorgebrachte Beschwerde und weist sie entweder zurück oder giebt ihr in der Weise statt, daß es das angefochtene Urtheil aufhebt und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Gericht zurückverweist. Dieses andere Gericht, das tribunal de renvoi, ist an die Rechtsauffassung des Kassationshofes nicht gebunden. Wurde gegen sein Urtheil abermals der Rekurs eingelegt, und der Kassationshof verblieb bei seiner Auffassung, so mußte früher durch ein deklarirendes Gesetz entschieden werden. Seit 1837 aber wird der zweiten Entscheidung des Kassationshofes bindende Kraft beigelegt. Damit ist der Hof aus seiner Stellung als bloße Aufsichtsbehörde herausgetreten und zu einem wirklichen Gerichtshofe geworden.

Vor den Friedens- und Handelsgerichten können die Parteien persönlich auftreten, bei den andern Gerichten herrscht Anwaltszwang.

Eine Eigenthümlichkeit des französischen Civilprozesses ist die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft. Der mündlichen Verhandlung vor den Kollegialgerichten muß in einzelnen Sachen und kann in jeder anderen ein Vertreter des ministère public beiwohnen. Nach dem Vortrage der Anwälte ergreift er das Wort zu einem Urtheilsvorschlage. Auch in dieser Einrichtung hat man ein Mittel anwenden wollen, um die Wahrung des öffentlichen Interesses an der Rechtsprechung in privaten Angelegenheiten zu sichern.

Digitized by Google

Die Vertreter der Parteien sind entweder Anwälte (avoués) oder Advokaten (avocats). Die Anwälte bereiten die mündliche Verhandlung vor, sie fassen die Schriftsätze ab und stellen die schriftlichen Anträge (conclusions). Nur die Advokaten aber treten an Stelle der Partei in der Verhandlung auf, und sie allein plaidiren.

Das Verfahren vor den Friedensrichtern ist ein ziemlich formloses. Dem Prozesse vor einem Kreisgerichte aber muß ein Sühneversuch vor dem Friedensrichter vorangehen. Die Klageschrift wird durch einen vom Kläger beauftragten Gerichtsvollzieher zugestellt. Zugleich wird die Aufforderung an den Beklagten gerichtet, vor Gericht zu erscheinen und einen Anwalt zu bestellen. Geschieht das nicht in der gestellten Frist von gewöhnlich acht Tagen, so liegt ein défaut faute de comparaître vor, und der Kläger ist befugt, Versäumnißurtheil zu beantragen. Kommt der Beklagte der Aufforderung nach, so erfolgt der Schriftenwechsel unter den Anwälten, der betriebsamere Theil bringt die Sache auf die Rolle und bewirkt damit die Ladung zur mündlichen Verhandlung. Drei Tage vor dieser haben die Parteien ihre Anträge (conclusions motivées) bei Gericht niederzulegen.

Wird ein Beweis durch Zeugen oder Sachverständige erforderlich, so giebt das Gericht nur allgemein an, über welche Punkte die Vernehmung stattfinden soll.

Nach der Beweisaufnahme erfolgt ein abermaliges Plaidoyer vor Gericht.

Der Code d. proc. c. hat auch im Versäumnißverfahren einige Aenderungen des früheren Rechts festgesetzt. Es war nämlich vorgekommen, daß in Folge von Kollusionen des Klägers und des von ihm beauftragten Huissier dem Beklagten weder die Ladung noch das alsdann erlassene Versäumnißurtheil zugestellt, daß nichtsdestoweniger die Zustellung beider Akte gehörig bescheinigt war. Um nun eine solche Ueberrumpelung, die zur wirthschaftlichen Vernichtung des Beklagten führen konnte, zu verhindern, bestimmt der Code, daß das Versäumnißurtheil nur durch einen vom Richter ernannten Huissier zugestellt werden dürfe. Ein solches Urtheil soll mit der Opposition in formloser Weise angegriffen werden können, auch wenn aus ihm bereits die Exekution begonnen hat. Hat der Kläger aber sechs Monate verstreichen lassen, ohne die Zwangsvollstreckung zu bewirken,

Digitized by Google

so verliert das Versäumnißurtheil seine Kraft. Sind im ersten Verhandlungstermine beide Anwälte erschienen und haben sie ihre Anträge (conclusions motivées) vorgelegt, so ist der Prozeß kontradiktorisch geworden, und es kann kein Versäumnißurtheil ergehen, auch wenn der Anwalt der einen Partei in allen späteren Verhandlungsterminen ausbleiben sollte. Das Gericht ist nicht gezwungen, dem Klageantrage stattzugeben, wenn der Beklagte ausbleibt; man verlangt vielmehr, daß der Kläger seinen Anspruch dem Gericht wahrscheinlich mache.

Die Opposition hängt nicht davon ab, daß der Säumige sein Ausbleiben entschuldigt. Uebrigens steht nach Ablauf der Oppositionsfrist dem Säumigen auch die Appellation offen. Der Grundsatz Contumax non appellat gilt im französischen Prozesse nicht.

Zu bemerken ist noch, daß der französische Civilprozeß in den rechts des Rheins gelegenen Theilen Deutschlands, die einst zu Frankreich gehörten, also in Theilen Preußens, Bayerns, Hessens und in Elsaß-Lothringen, bis zum 1. Oktober 1879 gegolten, und daß man sich dort jedem Versuche, das eingebürgerte Verfahren zu beseitigen, entschieden widersetzt hat.

Das französische Verfahren gilt ferner in Belgien und in erheblich verbesserter Gestalt im Kanton Genf.

§ 68. Abriß des englischen Civilprozesses.[1])

Auf das in England geltende Civilprozeßrecht soll hier nur deshalb ein Blick geworfen werden, weil es eine Zeit lang bei uns üblich war, auf die dort herrschenden Rechtseinrichtungen mit dem Wunsche hinzuweisen, daß gleiche Institutionen auch bei uns zur Geltung gelangen möchten. Einfluß auf die Gestalt unseres deutschen Rechts haben die englischen Prozeßeinrichtungen jedoch nicht gehabt, eine solche Uebertragung wäre auch weder möglich noch empfehlenswerth. Sie haben sich aus Rechtsgedanken und Institutionen heraus entwickelt, die von den Normannen nach England herübergebracht worden sind, und diese Entwicklung zeigt in noch höherem Maße als die französische die strenge Wahrung der dem konservativen Geiste der Briten entsprechenden historischen

[1]) Brunner: Die Entstehung der Schwurgerichte. 1872.

Digitized by Google

Kontinuität. Denn während in Frankreich eine Reception fremden Rechtes in umfassendem Maße stattgefunden hat, ist die englische Rechtsentwicklung seit 1066 durch das Eindringen fremder Rechtsideen nicht gestört worden. Zwar hat man in England von jeher römisches Recht studiert, hat es aber immer nur als Bildungsmittel, nicht als praktisch verwerthbare Norm betrachtet.

Das Prozeßverfahren der Angelsachsen war das altgermanische. Auch die Normannen hatten nach germanischem Rechte gelebt. Entscheidend für die Rechtsentwicklung in England aber war die Uebertragung des normannischen Königsgerichts in das eroberte Land. Diese Curia regis war bei der noch stärkeren Centralisation der gesammten Verwaltung und Justiz noch mehr wie in Frankreich der beherrschende Mittelpunkt der gesammten Rechtspflege. Die Praxis dieses Gerichtes ist nicht nur Erkenntniß-, sondern Entwicklungsquelle des englischen Rechtes geworden und bis auf den heutigen Tag geblieben. Denn noch jetzt sind die Urtheile englischer Richter weniger Rechtsanwendung als Rechtszeugung.

Mit dem Königsgericht ist die sog. inquisitio, ein dem volksrechtlichen, formalen Beweisverfahren entgegengesetztes, aus der Normandie nach England hinübergegangen.[1]) Man pflegte sich, wenn man die Formalitäten und Gefahren des volksrechtlichen Beweisverfahrens vermeiden wollte, an den König zu wenden, damit er kraft seiner Machtvollkommenheit einschritte. Anfangs gewissermaßen Gnadenakt, wurde es seit Heinrich II ein förmlicher Rechtsbehelf. Der König pflegte dem Antrage entweder dadurch stattzugeben, daß er durch ein writ oder breve die ganze Verhandlung und Entscheidung der Sache vor das Königsgericht zog, oder dadurch, daß er dem vicecomes durch ein breve recognitionis die Bildung einer jurata recognitionis, einer Beweisjury, übertrug. Auf englischem Boden wandelte sich jedoch die Beweisjury in eine Urtheilsjury um, wahrscheinlich, weil ein rationelleres Beweisverfahren Platz griff und daher das Bedürfniß nach einer Beweisjury sich abschwächte. Dazu kam, daß der einzelne Geschworene eine Mittelstellung zwischen einem Zeugen und einem Urtheiler einnahm und die jurata das Recht für sich in Anspruch nahm, selbst zu

[1]) S. darüber Bd. II. 1. § 46 Nr. 3.

Digitized by Google

urtheilen und daher den Beweis nicht zu liefern, sondern entgegenzunehmen.

In England hat die Jury eine lange Geschichte durchgemacht; sie besteht zwar heute noch, aber der Fälle, in denen man sie beruft, sind im Laufe der Zeiten, namentlich seit den Prozeßreformen der letzten Jahrzehnte immer weniger geworden.

Bis vor kurzem nämlich standen gemeinrechtliche, dem common law unterworfene Gerichtshöfe dem Billigkeitsgerichtshofe der chancery courts gegenüber. In den letzteren entschied ein Einzelrichter, in den ersteren waren die richterlichen Funktionen getheilt zwischen dem Richter und der Jury. Das hat seit der judicature act von 1873 zum großen Theile aufgehört, da die chancery courts zu einer division des High court geworden sind.

Der jetzige englische Prozeß zerfällt in zwei Abschnitte. In dem ersten Abschnitte wird in schriftlichem Verfahren festgestellt, was streitig ist, im zweiten Abschnitte wird über die so festgestellten Streitpunkte mündlich verhandelt.

Das schriftliche Verfahren besteht darin, daß die Parteien ganz kurz gehaltene Schriftsätze unter einander wechseln. Das Maß des Umfanges, den ein Schriftsatz erreichen darf, ist vorgeschrieben. Es muß aber die Klage alles enthalten, was zur Begründung des klägerischen Anspruches dienen kann, und die Klagebeantwortung muß die sämmtlichen, dem Beklagten zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel enthalten. Das Verfahren steht also unter der Herrschaft der Eventualmaxime, neue thatsächliche Anführungen in einem späteren Prozeßstadium vorzubringen, ist nur mit Genehmigung des Richters unter gewissen Voraussetzungen gestattet. Ist durch den Schriftenwechsel klargestellt, was unter den Parteien streitig ist, so wird zur mündlichen Verhandlung geschritten. In dieser Verhandlung dürfen die Parteien nur vortragen, was in den Schriftsätzen steht, sollen aber auch in dieser Verhandlung den Beweis der streitigen Behauptungen führen.

Die Verhandlung findet entweder nur vor dem Richter statt. Dann entscheidet dieser allein. Oder es wird die Jury berufen. Vor dieser wird in streng gegliedertem Gange verhandelt. Der Richter kann reine Rechtsfragen vor der Verhandlung entscheiden und so den ganzen Prozeß erledigen, wenn es nur auf die Entscheidung einer Rechtsfrage an-

Digitized by Google

kommt. Fragen thatsächlicher Natur entscheidet die Jury, aber auch diese kann den ganzen Prozeß entscheiden, nachdem der Richter sie über die dabei in Betracht kommenden Rechtsfragen unterrichtet hat. Der Richter kann der Jury die Aufgabe dadurch erleichtern, daß er ihr einzelne bestimmte Fragen vorlegt und ihr dabei auseinandersetzt, welchen Einfluß die Entscheidung dieser einzelnen Fragen auf die Aburtheilung des ganzen Prozesses hat.

Das gesammte Verfahren ist eigenartig entwickelt, doch ist es unserem Verständnisse dadurch näher gerückt, daß seit der Reformgesetzgebung der letzten Jahrzehnte sich der englische Prozeß unseren kontinentalen Anschauungen mehr angenähert hat. Daher ist noch das Werk des Schweizers Rüttimann: Der englische Civilprozeß, 1851, sehr schwer zu verstehen, während das Werk Schusters: Die bürgerliche Rechtspflege in England, das 1887 nach Abschluß der Reformen geschrieben ist, ein klares Bild von dem englischen Verfahren zu geben im Stande ist. Auf dieses Werk muß denn auch hingewiesen werden. Zu bemerken bleibt noch, daß Gneist in der Vorrede zu jenem Werke das englische Verfahren mit dem Prozesse verglichen hat, der in Preußen durch die Verordnungen von 1833 und 1846 geschaffen wurde.

Digitized by Google

IX. Abschnitt.

Deutsche Partikulargesetzgebung und Schöpfung eines einheitlichen Prozeßrechtes.

§ 69. Man hat den älteren römischen Prozeß mit einem nach einheitlichem Plane festgefügten und zweckmäßig eingerichteten, schmucklosen Hause, den späteren römischen Prozeß mit einem prunkvollen, aber nach einem bestimmten Plane erbauten Palaste verglichen und der Kirche den Vorwurf gemacht, daß, nachdem sie von dem Palaste Besitz ergriffen, sie nicht fähig gewesen sei, seine Schönheit und Zweckmäßigkeit zu erfassen, daß sie deshalb planlos einzelne Theile nach Zweckmäßigkeitsrücksichten geändert und damit die Harmonie des Ganzen zerstört habe.[1]) Man hat ferner gefunden, daß der gemeinrechtliche Civilprozeß Deutschlands „einem stattlichen, weitläufigen Gebäude nicht unähnlich sei, dessen einzelne Ecken, Giebel und Flügel überall den vielhundertjährigen Fleiß seiner Erbauer erkennen ließen", diesem Lobe aber den Tadel beigefügt, daß „in den weitläufigen, einem Labyrinthe oft vergleichbaren Gängen des großen Gebäudes sich nicht selten das gute Recht verloren habe."[2])

Man darf dem gemeinrechtlichen Prozesse die Anerkennung nicht versagen, daß er sich einer gewissen Konsequenz erfreut. Man muß ferner anerkennen, daß die Schriftlichkeit und Umständlichkeit des Verfahrens sichere Garantien für die Gründlichkeit der Entscheidung bilden, daß die zahlreichen Rechtsmittel eine Sicherheit gegen unrichtige Behandlung und Entscheidung der Sache jedenfalls gewähren wollen, daß eine strenge Ordnung jedem Versuche einer Verwirrung mit Ent-

[1]) Pollak: Die Widerklage. 1889. S. 53.
[2]) von Bar: Recht und Beweis im Civilprozeß. 1867. S. V.

Digitized by Google

schiedenheit entgegentritt, daß die Beweisregeln den Richter verhindern, bloßes Meinen für Ueberzeugung auszugeben und über den Mangel eines wirklichen Beweises sich willkürlich hinwegzusetzen. Man darf auch nicht unerwähnt lassen, daß ein weitgehendes Prozeßleitungsrecht dem Richter die Möglichkeit gewährte, Vereinfachungen eintreten zu lassen und das Verfahren zu beschleunigen.

Trotzdem ist die Unzufriedenheit mit diesem Produkte mannigfach sich durchkreuzender Einflüsse verschiedenster Art in stetigem Wachsen geblieben, bis schließlich in seiner Verwerfung eine seltene Einmüthigkeit herrschte. Die [Kritik tadelte insbesondere Folgendes:

1. Die Schriftlichkeit des Verfahrens mache den unmittelbaren Verkehr zwischen Richter und Partei unmöglich und entziehe damit der Partei die Gelegenheit, die Eigenart ihrer Sache dem Verständnisse des Richters näher zu bringen. Der Richter klammere sich an den todten Buchstaben des Schriftsatzes, und der Advokat treibe eine dem gesunden Sinne widersprechende Silbenstecherei.

2. Die mit der Schriftlichkeit zusammenhängende Heimlichkeit entziehe das Auftreten der Anwälte und die Thätigkeit der Richter der heilsamen, das Pflichtgefühl wachhaltenden Aufsicht der Parteien und der Allgemeinheit.

3. Die strenge Durchführung der Verhandlungsmaxime sei eine Falle für ungewandte Parteien; der Richter sei nicht in der Lage und nicht verpflichtet, auf Vollständigkeit und Klarheit der Parteivorträge zu dringen und eine geschäfts- und rechtsunkundige Partei auf die ihr zu Gebote stehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel aufmerksam zu machen.

4. Die Gliederung des Verfahrens in unübersteigliche Abschnitte, die Möglichkeit, überall frivole Behauptungen und Einwendungen vorzubringen, bei jeder der zahlreichen Gelegenheiten, die der Prozeß in seinen einzelnen Abschnitten biete, zu zweifeln und zu streiten, damit aber eine große Anzahl Zwischenentscheidungen herbeizuführen, die der Anfechtung unterliegen — das Alles verlangsame den Prozeß in unerhörter Weise und lenke von dem meistens einfachen Kernpunkte der Sache ab.

5. Die Eventualmaxime zwinge die Parteien, zu einer Zeit, wo der Verlauf des Rechtsstreits noch nicht zu übersehen sei, jede, irgendwie mit der Sache im Zusammenhange stehende Thatsache zu behaupten und damit den

Digitized by Google

Richter mit einer Unlast von Streitstoff zu beladen, der auch den einfachsten Prozeß zu einem Wirrsal mache. Dabei sei es eine fast in jedem Prozesse sich aufdrängende Erfahrung, daß die Beweisaufnahme neue Gesichtspunkte zu Tage fördere, welche die Herbeiziehung anderer, bisher von den Parteien für unerheblich gehaltener Thatsachen nothwendig mache, die Eventualmaxime verbiete aber die Berücksichtigung solcher Thatsachen und zwinge den Richter, sehenden Auges eine falsche Entscheidung zu treffen.

6. Unrichtig sei es, in der Mitte des Verfahrens ein Beweisurtheil zu erlassen, das die Parteien und den Richter binde, zu einer scholastischen Zergliederung des Streitstoffes führe und im vorhinein zur Aufstellung einer Reihe von Bedingungen und Möglichkeiten nöthige. Damit würden die abstrakten Grundsätze von der Beweislast auf die Spitze getrieben. Sei später bei der Endentscheidung der Gerichtshof anders zusammengesetzt als bei dem Erlaß des Beweisurtheils, oder seien dieselben Richter zu einer geläuterten Rechtsauffassung gelangt, so müsse gleichwohl das nun einmal rechtskräftige Beweisurtheil durchgeführt werden.

7. Die Trennung von Behauptungen und Beweisen führe zu leichtfertiger Aufstellung unbeweisbarer Behauptungen.

8. Ganz verfehlt sei es, den Richter an bestimmte Beweisregeln zu binden, statt ihn seiner eigenen Erfahrung und Urtheilskraft zu überlassen. Das führe dahin, Beweise für Thatsachen zu verlangen, die nicht wohl bestritten werden könnten, aber doch bestritten sind, es führe aber namentlich dahin, zu dem Mittel des richterlichen Eides zu greifen, wo nach dem Urtheil jedes verständigen Menschen die Wahrheit klar zu Tage liege. Dabei sei das ganze Eidesrecht viel zu formalistisch, und die Zulassung eines bloßen Glaubenseides verführe den Einen zu leichtfertigem Schwure, versetze den Gewissenhaften aber in schwere Seelenkämpfe.

9. Der Rechtsmittel seien zu viele. Dadurch würden einfache Prozesse unsterblich.

10. Der Richter sei mit untergeordneten Thätigkeiten zu stark belastet. Es sei nicht Sache des Richters, den Verkehr der Parteien zu vermitteln, für ordnungsmäßige Zustellungen zu sorgen und die Exekution zu leiten.

Jedenfalls hatte das langwierige verwickelte Prozeßverfahren die Folge gehabt, die Parteien in die Hände von Advokaten zu treiben, von denen ein großer Theil seine

Digitized by Google

Aufgabe darin erblickte, den Prozeß so lange wie möglich hinzuziehen.

§ 70. Die Mißstände des gemeinrechtlichen Prozesses führten im Laufe des 18. Jahrhunderts in den bedeutenderen Territorien des deutschen Reiches zu energischen und umfassenden Prozeßreformen. Hier sollen zunächst das eigenartige Gesetzgebungswerk, das in Preußen entstand, und die späteren Reformen dieses Werkes dargestellt werden.[1])

Friedrich der Große betrachtete es als eine seiner Lebensaufgaben, die Justiz zu verbessern, und bald nach seinem Regierungsantritte betraute er mit der Ausführung seiner Reformpläne den Großkanzler Samuel von Cocceji. Es kam auch zur Ausarbeitung mehrerer Gesetzeswerke, des Projekts des Codicis Fridericiani Pomeranici und des Projekts des Codicis Fridericiani Marchici (1747 und 1748). Diese „Projekte" wurden in den genannten Provinzen publicirt, sie sollten angewendet werden bis zur Abfassung einer „General-Prozeß-Ordnung". Das Verfahren nach ihnen sollte regelmäßig ein mündliches sein, doch sollte für wichtigere Sachen der processus ordinarius per libellos zugelassen werden. Das Beweisinterlokut wurde beibehalten, auch die Appellation dagegen zugelassen, sie sollte aber keinen Suspensiveffekt haben. Zum Erlaß der in Aussicht genommenen allgemeinen Prozeßordnung kam es zunächst nicht, da Cocceji im Jahre 1755 starb. Erst im Jahre 1780 wurde die Prozeßreform wieder aufgenommen, 1781 arbeitete Suarez einen von Cocceji herrührenden Entwurf um. Dieser Entwurf wurde nach mannigfachen Berathungen und Abänderungen erst nach dem Tode des Königs, nämlich im Jahre 1793 Gesetz als Erster, Prozeßordnung genannter Theil der Allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten.

Dieses Gesetz ist eine der interessantesten Erscheinungen der Rechtsgeschichte, insbesondere der Geschichte des Prozeßrechts. Es geht von dem Gedanken aus, daß es Pflicht des

---

[1]) Die Entstehungsgeschichte der Allg. Gerichtsordnung für die preußischen Staaten ist in den Werken Stölzels, insbesondere in dem Werke: Carl Gottlieb Suarez, 1885, ausführlich dargestellt worden. Da die Meinungskämpfe, welche schließlich zum Erlaß jenes Gesetzbuches führten, von mehr partikularem Interesse sind, so glaube ich mich mit der Verweisung auf dieses verdienstliche Werk, insb. die S. 190—219 begnügen zu dürfen.

Digitized by Google

Richters sei, durch selbstthätiges Forschen die Wahrheit zu ermitteln, und daß die Parteien ihm dabei die allerdings wichtigste Hülfe leisten sollten. In der Einleitung sind diese Grundsätze klar ausgesprochen, es heißt dort:

§ 6. Der vom Staate geordnete Richter, welcher den Streit durch richtige Anwendung des Gesetzes auf die dabei zum Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandtniß dieser Thatsachen zu versichern.

§ 7. Der Richter ist also schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen und, soweit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen.

§ 8. Die Aufnehmung und Untersuchung der in einem Prozesse vorkommenden und zu dessen Entscheidung gehörigen Thatsachen wird die Instruktion des Prozesses genannt.

§ 10. Die Pflichten des Richters bei der Instruktion eines Prozesses beruhen also auf dem wesentlichen Grundsatze, daß er sich bemühen müsse, die Wahrheit der dabei zu Grunde liegenden erheblichen Thatsachen auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln.

§ 13. . . . Die Parteien sind also schuldig, die zur Entscheidung ihres Prozesses gehörenden Thatsachen dem Richter der Wahrheit und ihrer besten Wissenschaft gemäß vorzutragen.

§ 16. Wenn eine erhebliche Thatsache geleugnet wird, so ist zwar vornehmlich derjenige Theil, welcher darauf sich gründet, schuldig, dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden kann.

§ 17. Der Richter ist jedoch an diese Angabe nicht gebunden, sondern er hat das Recht und die Pflicht, auch andere Mittel, die aus dem Vortrage der Parteien und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen sich ergeben, zur Erforschung der Wahrheit, selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien, anzuwenden.

Mit größerer Bestimmtheit konnte die Untersuchungs-

Digitized by Google

maxime nicht ausgesprochen werden. Die Gesetzesvorschriften sind aus diesem Grunde, und weil sie zugleich Zeugniß ablegen für den breiten, lehrhaften Ton, in dem das ganze Gesetz abgefaßt war, hier in ihrem Wortlaut wiedergegeben worden. Es steht in jenen grundlegenden Bestimmungen aber mehr, als das Gesetz selbst gehalten hat. Sollte die Untersuchungsmaxime folgerichtig durchgeführt werden, so mußte der zugeschobene Eid als bloßer Dispositionsakt der Partei aufgegeben, und es mußte dem Richter überlassen werden, nach seinem Ermessen der einen oder der anderen Partei die eidliche Erhärtung ihrer Behauptungen aufzuerlegen, statt dessen blieb aber der zugeschobene Eid zwar unter dem Namen eines Beweismittels, in Wahrheit aber als Dispositionsakt der Partei mit allen seinen Wirkungen bestehen. Damit hängt zusammen, daß man die bindende Kraft des Geständnisses beibehielt, statt es wie im Strafprozeß als bloßes Mittel der Wahrheitserforschung zu betrachten. Ja, man ging sogar so weit, die versäumte Erklärung einer Partei unter Umständen als Geständniß zu fingiren. Man kann nur annehmen, daß der Gesetzgeber selbst die äußersten Konsequenzen des von ihm aufgestellten Prinzips nicht hat ziehen wollen, daß also die oben mitgetheilten, einleitenden Gesetzesvorschriften nur das sog. nobile officium judicis zu einer Rechtspflicht haben steigern sollen. Faßt man die Grundsätze der AGO. in dieser Beschränkung auf, so kann man nicht umhin, ihnen volle Anerkennung zu zollen. Das Verfahren war ein einfaches, von allem unnöthigen Formenzwange befreites. Parteien und Richter traten mit einander in unmittelbaren Verkehr; jene mußten sich größter Klarheit befleißigen, dieser sich bemühen, den Sinn verworrener Erklärungen zu verstehen: alles war darauf angelegt, die Wahrheit an den Tag zu bringen.

Dem entsprechend war der Gang des Verfahrens gestaltet. Der Kläger meldete bei Gericht die Klage an. Darauf wurde aus der Zahl der Richter ein Instruent ernannt. Dieser lud den Kläger und nahm die Klage zu Protokoll. Unter Mittheilung der so zu Stande gebrachten Klage wurde der Beklagte vor den Instruenten geladen. Erschien er nicht, so nahm man sog. affirmative Litiskontestation d. h. Zugeständniß der klägerischen Behauptungen an. Erschien er, so wurde die Klagebeantwortung von dem Instruenten zu Protokoll genommen. Dieses Protokoll-

Digitized by Google

verfahren wurde solange fortgesetzt, bis nach Ansicht des Instruenten die Erklärungen der Parteien erschöpft waren. Hierauf entwarf der Instruent den status causae et controversiae, in welchem der Sachverhalt, soweit er unstreitig war, in direkter Rede erzählt und in welchem darauf die von einander abweichenden Parteibehauptungen und -Anträge ohne alle Rechtsdeduktionen einander gegenübergestellt wurden. Darauf wurden die Parteien zur Verhandlung über diesen Status geladen, und der Status wurde endgültig festgestellt. Einigten sich die Parteien über die Erheblichkeit und Nothwendigkeit des Beweises über die streitig gebliebenen Behauptungen, so nahm der Instruent selbst den Beweis auf und legte dann die Akten dem Richterkollegium zum Spruche vor. Dieses konnte eine Ergänzung oder Fortsetzung der Instruktion anordnen oder, wenn es die Sache für spruchreif hielt, auf den Vortrag eines Richters, des Decernenten, das Urtheil fällen. Einigten sich die Parteien über eine Beweisaufnahme nicht, so wurde der Status mit den Akten sogleich dem Kollegium vorgelegt. Hielt dieses eine Beweisaufnahme oder eine Ergänzung der Instruktion für erforderlich, so traf es die Anordnung in Gestalt eines widerruflichen, abänderlichen Beschlusses. Damit war der wichtige Schritt gethan, daß man das Beweisurtheil aus dem Prozesse beseitigte und auch die Eventualmaxime war fallen gelassen; der Kläger durfte nur seine Klage nicht mehr ändern, aber man hätte gegen den Sinn des Prinzips materieller Wahrheitserforschung gehandelt, wenn man die Anführung neuer Thatsachen und Beweise abgeschnitten hätte.

Unzweifelhaft lagen hierin erhebliche Fortschritte gegenüber dem gemeinen Civilprozesse. Aber die Steigerung des officium judicis erwies sich doch als fehlerhaft. So wie das Verfahren geordnet war, führte es dahin, daß der Richter sich nur die Streitsache erzählen ließ, daß dann er aus ihr die erforderlichen Schlüsse zog und die Anträge der Parteien, sowie die zu ihrer Begründung dienenden Thatsachen so formulirte und so aneinander reihte, wie es seiner Auffassung von der Sache entsprach. Wenn er nun mit aller Sorgfalt die Klage so substantiirt hatte, daß ein Ausweichen des Beklagten kaum möglich erschien, mußte er mit gleich eifrigem Bemühen auf alle und jede Einwendung des Beklagten eingehen und darauf sinnen, wie der Kläger am besten aus dem Felde geschlagen werden könne. Er mußte

Digitized by Google

daher sehr häufig zum Angreifer seiner eigenen Konklusionen werden und wurde, wenn er Einzelrichter war, ja auch zum Urtheil über seine eigene Rechtsauffassung gezwungen; und entschieden andere Richter, so konnte es kommen, daß die von dem Instruenten den Parteien aufgenöthigte Rechtsauffassung und die nach seinen Gedanken gegebene Substantiirung der Parteivorträge als gänzlich verfehlt oder mangelhaft verworfen wurden.

Dazu kam, daß es unendlich schwierig ist, jetzt der einen und dann der anderen Partei helfen zu sollen und dabei die Unparteilichkeit zu wahren und auch den Schein einer Parteilichkeit zu vermeiden. Da das rechtsuchende Publikum in diesem Punkte äußerst empfindlich und zum Mißtrauen nur allzu geneigt ist, jenes ganze Verfahren aber auf die Voraussetzung eines unbedingten Vertrauens der Parteien zum Richter gebaut war, so mußte es sich als verfehlt erweisen, sobald dieses Vertrauen verloren ging. Dazu kam, daß das Verfahren sehr lange dauern konnte, da Alles von dem Fleiße und der Sorgfalt des Instruenten abhing.

So kam es denn, daß die wohlwollende Gesetzgebung fast ausschließlich getadelt wurde.[1]) Als dann nach den Befreiungskriegen die väterliche Fürsorge des Staates für den beschränkten Unterthan als lästige Bevormundung würdiger Staatsbürger empfunden wurde, wurde man sich darüber klar, daß die Gesetzgebung einen falschen Weg betreten habe. Man entschloß sich zu einer Umkehr, konnte aber weder den Muth zu einer völligen Umgestaltung des Prozeßrechts, noch den richtigen Weg zu einer Verbindung der Vorzüge des bestehenden Rechtes mit denen des rheinisch-französischen Prozesses finden. Das einfachste wäre gewesen, die Untersuchungsmaxime als solche abzuschaffen, das nobile officium judicis auf das Maß einer Fragepflicht herabzumindern, die Eventualmaxime für immer dem gemeinen Civilprozesse zu überlassen und den angebahnten unmittelbaren Verkehr der Parteien mit dem Richter zu einem wirklich mündlichen Verfahren mit freier Beweiswürdigung hinüberzuleiten.

[1]) Die Literatur ist auch hier eine sehr reiche. Es mag genügen, auf folgende Schriften zu verweisen: G. F. Gärtner: Kritik des Untersuchungsprinzips des preuß. C. P. 1832. Beiträge zur Revision der preuß. Gesetzgebung von Gans. Bd. I Abs. V. Nr. 27. Bühl: Ueber Instruktion des Civilprozesses. 1831. Auch Abegg a. a. O. S. 117 ff.

Digitized by Google

Statt dessen ging man in der Verordnung vom 1. Juni 1833 über den Mandats-, summarischen und Bagatellprozeß für einen Theil aller Prozesse auf die Verhandlungs- und Eventualmaxime zurück. Man verschmähte zwar das gemeinrechtliche Beweisurtheil, hielt aber am schriftlichen Verfahren fest und gab am Schlusse eine sog. mündliche Verhandlung, von der unten noch zu handeln sein wird. Die Parteierklärungen wurden in Schriftsätzen eingereicht oder vom Richter zu Protokoll genommen. Aber die Gesetzgebung selbst betrachtete diese Aenderung nur als eine Abschlagszahlung, die Reform des Prozeßrechts wurde im Auge behalten und dem Gesetzgebungsminister v. Savigny übertragen. Immer lauter wurde der Ruf nach Einführung eines wahrhaft mündlichen und öffentlichen Prozeßverfahrens, immer stärker wurde das rheinisch-französische Prozeßrecht als einziges und unfehlbar wirkendes Heilmittel angepriesen. Savigny selbst arbeitete Anfang der vierziger Jahre einen umfassenden Gesetzentwurf aus, dieser fand aber nicht die Zustimmung des Verwaltungsministers der Justiz.[1]) Statt dessen wurde ein Gegenentwurf, der die allgemeinen Prozeßlehren der AGO. aufrecht erhielt und sich also wiederum als bloße Novelle darstellte, angenommen und unter dem Namen „Verordnung über das Verfahren in Civilprozessen" am 21. Juli 1846 Gesetz. Es enthielt im wesentlichen nichts anderes als die Erhebung des summarischen Verfahrens von 1833 zum ordentlichen Verfahren.

In diesem von der Verhandlungs- und Eventualmaxime beherrschten Prozeßverfahren war der erste Abschnitt dem Schriftenwechsel, der zweite einem etwaigen Beweisverfahren zugewiesen. Der Kläger reichte eine Klageschrift bei Gericht ein oder erklärte sie vor einem Gerichtsdeputirten zu Protokoll. Das Gericht theilte dem Beklagten die Abschrift der Klage mit unter Festsetzung eines Termins zur Klagebeantwortung. Erschien der Beklagte in diesem Termin nicht, und reichte er nicht vorher oder in dem Termine eine die Klagebeantwortung enthaltende Schrift ein, so wurde affirmative Litiskontestation angenommen und der Beklagte durch Kontumazialerkenntniß nach dem Klageantrage verurtheilt, da die Schlüssigkeit der Klage schon vorher geprüft war. Der

[1]) Stölzel: Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung. 1888. Bd. 2. S. 500 ff.

Digitized by Google

Schriftenwechsel endete regelmäßig mit der Duplik, aber der Eventualmaxime entsprechend waren die Grenzen des Rechtsstreits durch Klage und Klagebeantwortung gezogen. Darauf wurde Audienztermin vor dem Kollegium anberaumt. In diesem wurde ein von einem Richter ausgearbeiteter Bericht vom Referenten vorgetragen, und zwar sowohl zur Kontrole durch die anwesenden Parteien als auch zur Information des Gerichts. Die Parteien konnten neue Thatsachen nicht vorbringen, nur zur Erläuterung oder zu Rechtsausführungen das Wort ergreifen, sie thaten dies aber nur in den allerseltensten Fällen. Darauf erfolgte die Berathung und Abstimmung des Gerichts. Der Beweis wurde durch abänderlichen Beschluß angeordnet und von einem beauftragten Richter aufgenommen. Darauf wurde abermals Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt, in diesem Termine ebenso verfahren wie im ersten und regelmäßig das Urtheil gefällt.

Daß dieses Verfahren durch seine mündliche Schlußverhandlung zu einem mündlichen geworden wäre, war eitel Täuschung. Grundlage der Entscheidung war nur der Inhalt der Schriftsätze und Protokolle, und jene mündliche Verhandlung war selten mehr als eine bloße Ceremonie. Denn auch die Information des Kollegiums erfolgte weniger durch das meist vorgelesene Referat als durch den mündlichen, aber von seiner Auffassung gefärbten Vortrag des Berichterstatters im Berathungszimmer. Die strenge Durchführung der Verhandlungs- und Eventualmaxime führte zu vielen Ungerechtigkeiten. Aber das Verfahren war exakt, kurz und bot auch die ausreichende Garantie für die Gründlichkeit der Entscheidung; es hat deshalb zahlreiche Freunde gefunden. Es blieb bis zum 1. Oktober 1879 in Kraft und war für alle Prozesse über 50 Thaler die Norm. Der sogen. Bagatellprozeß beruhte auf denselben Prinzipien, wurde aber durch einen Einzelrichter entschieden, so daß das Referat wegfiel. Während das Urtheil des Kollegiums der Appellation unterlag mit dem beneficium novorum, war gegen die Entscheidungen des Bagatellrichters merkwürdigerweise nur eine Art Nichtigkeitsbeschwerde ohne jedes beneficium zugelassen. Erwägt man, daß auch im Bagatellprozeß die Verhandlungs- und Eventualmaxime galt, daß also jede mangelhafte Substantiirung den Prozeßverlust herbeiführen mußte und daß es hiergegen kein wirksames Rechtsmittel gab, so muß man sich fragen, wie es möglich war, daß ein solches Prozeß-

Digitized by Google

verfahren durch Jahrzehnte hindurch bestehen konnte, ohne das Vertrauen zur Rechtspflege vollständig zu vernichten.

§ 71. Eine umfassende Prozeßgesetzgebung hat zur selben Zeit auch Oesterreich erhalten. Das hier geltende Prozeßrecht beruht auf der Allgemeinen Gerichtsordnung vom 3. Mai 1781 und der Westgaliziſchen, übrigens in zahlreiche andere Landestheile eingeführten Gerichtsordnung vom 19. Dezember 1796. Beide Gesetze stimmen fast wörtlich mit einander überein. Von den zahlreichen späteren Gesetzen sei insbesondere das vom 27. April 1873 über das Bagatellverfahren (bis zu 25 fl.) hervorgehoben, ein Werk des bekannten österreichiſchen Juriſten Glaſer.

Auch das österreichiſche Prozeßrecht iſt mit einem Gebäude verglichen worden. „Es gleicht einem Bau, welcher durch gelegentliche Zu- und Umbauten, Reparaturen und Einſtückelungen eines vollen Jahrhunderts verunſtaltet, in der Umgebung der herrlichen Paläſte, die für das Civilprozeßrecht faſt aller europäiſchen Staaten in den letzten Dezennien entſtanden ſind, einen höchſt traurigen Eindruck macht und auch ſchon längſt zum Niederreißen beſtimmt iſt“.[1])

Und in der That ſteht der öſterreichiſche Civilprozeß der beiden älteren Geſetzbücher etwa in der Mitte zwiſchen dem gemeinen und dem preußiſchen Civilprozeſſe von 1846. Das Verfahren iſt ſchriftlich, ſteht unter der Eventualmaxime und zerfällt daher in ſtreng geſonderte Abſchnitte, es wird von der Verhandlungsmaxime beherrſcht und hat ſich die legale Beweistheorie mit einigen Freiheiten konſervirt. Aber in dem Stadium des Schriftenwechſels werden Behauptungen und Beweisantretungen mit einander verbunden, und die Anordnung eines Beweiſes erfolgt durch eine richterliche Verfügung, die zwar Beweis-Interlokut oder Beweis-Beiurtheil genannt wird, in der That aber, jedenfalls nach gegenwärtig geltendem Recht, nichts weiter als eine den Richter nicht bindende, erſt nach dem Urtheil anfechtbare, prozeßleitende Verfügung iſt.

Der Bagatellprozeß iſt mündlich, von dem Prinzip der Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung beherrſcht. Er hat die Eigenthümlichkeit, daß in ihm die Parteien eidlich vernommen werden können. Die Eventualmaxime iſt fallen gelaſſen.

---

[1]) v. Canſtein in der Vorrede zur erſten Auflage ſeines Lehrbuchs des Oeſterr. Civilprozeßrechts. 1892/93.

Digitized by Google

Der österreichische Prozeß geht einer gründlichen Umgestaltung entgegen. Es ist nach vielen vergeblichen Versuchen vor einigen Jahren ein Entwurf veröffentlicht worden, der die Erfahrungen, die man in Oesterreich selbst, namentlich aber auch die Erfahrungen, die man im deutschen Reiche mit der Civilprozeßordnung von 1877 gemacht hat, eingehend und äußerst zweckgemäß verwerthet. Jedenfalls verdient der Entwurf hohe Anerkennung und warmes Interesse.[1])

Da der österreichische Prozeß, vom Bagatellprozeß abgesehen, Besonderheiten nicht enthält, so mögen obige Notizen genügen.[2])

§ 72. Fast alle deutschen Staaten erließen Prozeßgesetze, die das gemeinrechtliche Verfahren ganz oder zum Theil beseitigten oder nur als subsidiäres Recht bestehen ließen. Diese stückweise vor sich gehenden Reformen befriedigten aber nicht, und es entstand eine kaum übersehbare Literatur, die sich die Kritik des bestehenden Rechtes und die Begründung von Verbesserungs- und Umgestaltungsvorschlägen zur Aufgabe machte. Zu einem großen Theile hat diese Literatur jetzt nur rechtshistorisches und kulturgeschichtliches Interesse. Zum andern Theile trägt sie wesentlich zum Verständniß dessen bei, was sich endlich zu einem einheitlichen Prozeßgesetze hindurchgerungen hat. Jedenfalls aber hat das Studium dieser Literatur die günstige Wirkung, daß sie das Auge für die Vorzüge und Mängel bestehender Einrichtungen schärft.

Eines kehrt in allen diesen Werken des 19. Jahrhunderts wieder, das ist der Ruf nach Einführung eines öffentlichen und mündlichen Verfahrens auch für Civilsachen. Von der heilbringenden Wirkung namentlich der Oeffentlichkeit hat man vor 1848 übertriebene Vorstellungen gehabt. Sie waren erklärlich und, ich möchte sagen, natürlich. Aber wenn man heut die Verherrlichung der Oeffentlichkeit liest, zu der sich Feuerbach in seinen Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege in den Jahren

---

[1]) In der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß sind mehrere Aufsätze von Klein und Pollak veröffentlicht. Auch der verstorbene Bähr hat sich mit der Beurtheilung des Entwurfs beschäftigt.

[2]) Ausführliche Werke sind das oben angeführte von v. Canstein, Menger, System des öst. Civilprozeßrechts. 1876. Ullmann, das öst. Civilprozeßrecht. 2. Aufl. 1887.

Digitized by Google

1821—25 und Delbrück[1]) in seinem Werke „Die Reform des Civilprozesses“ im Jahre 1849 verstiegen hat, denen das Wort Oeffentlichkeit ein Zauberwort war, das nur ausgesprochen zu werden brauchte, um alle finsteren Mächte unseres gerichtlichen Verfahrens mit einem Schlage zu bannen, so zieht man unter Lächeln die Lehre, daß auch die besten Köpfe von einer unklaren Idee zu Absurditäten hingerissen werden können.

Die Schwierigkeit, mit der alle theoretischen und alle Gesetzesvorschläge zu kämpfen hatten, blieb immer die, wie man in unserm papiernen Zeitalter mit seinen aufs äußerste verwickelten Verhältnissen die Vorzüge der Mündlichkeit mit der Unentbehrlichkeit der Schrift vereinigen, wie man es dahin bringen könne, den gesammten Prozeßstoff, Parteibehauptungen, Rechtsausführungen, Beweiserhebungen, in eine einzige mündliche Verhandlung zusammenzudrängen, ohne den Parteien die Möglichkeit weiterer Ermittlungen und daher neuer erheblicher Behauptungen zu nehmen, und wie man gleichzeitig dafür sorgen solle, den Parteien in der Gewährung mindestens zweier, über die thatsächlichen Grundlagen des Streites entscheidender Instanzen eine Garantie für die richtige Beurtheilung ihres Vorbringens und gegen Uebereilungen und unvermeidliche Irrthümer zu geben. Daß eine schriftliche Vorbereitung des Prozesses stattfinden müsse, war einleuchtend. Aber welche Grenzen dieses vorbereitende Verfahren innehalten und wie weit es bindend für die Parteien sein sollte, ob der Richter auf das geschriebene Wort zurückgreifen dürfe — das alles war schwierig zu beantworten, und vor allem fehlte es an Erfahrungen. Denn keine der bestehenden Prozeßgesetzgebungen, selbst die viel gepriesene französische mit ihren Tochterrechten nicht, gab eine befriedigende Antwort auf alle diese Fragen. Hierzu kam die Frage nach einer passenden Organisation des Anwaltstandes, nach Freigebung oder Beschränkung der Advokatur, am wenigsten noch gerichtsorganisatorische Fragen.

Die Erörterung aller dieser Zweifel hat zuweilen eigenthümliche Vorschläge gezeitigt.

Man dachte z. B. an eine Neubelebung des altrömischen

[1]) Derselbe, der später durch die Werke: „Die dingliche Klage des deutschen Rechts“ und „Die Uebernahme fremder Schulden“ bekannt geworden ist.

Digitized by Google

Formularprozesses, und ein Gelehrter fand die Lösung der Schwierigkeit, wie man zwei Instanzen über die Thatfrage zulassen, beiden Instanzen aber die Möglichkeit, auf Grund des eigenen unmittelbaren Eindrucks der Verhandlung zu entscheiden, gewähren solle, darin, daß die Richter zweiter Instanz jeder Verhandlung erster Instanz beiwohnen sollten, damit sie sich dort ihr Urtheil bilden, dieses Urtheil aber wohl verwahren und erst im gegebenen Falle herausgeben könnten. Auch an die Nachahmung englischer Zustände hat man gedacht und die Einführung einer Civiljury empfohlen. Auf diesen Vorschlag würden wohl heute die Gelehrten, die ihn gemacht, nicht zurückkommen, nachdem man in Strafsachen die unerfreuliche Erfahrung gemacht hat, daß unter je zwölf Geschworenen sich selten mehr als drei befinden, die einer gerichtlichen Verhandlung zu folgen und sich ein Urtheil, geschweige denn ein richtiges Urtheil, zu bilden vermögen.

Alle diese Schwierigkeiten, die hier angedeutet sind und im ersten Theile dieses Werkes eine Erörterung gefunden haben, bestehen heute noch, denn sie sind durch die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich keineswegs gelöst.

Wie die Gesetzgebung seit dem Jahre 1848 sie zu lösen bestrebt war, soll in den nächsten §§ dargestellt werden. Mit dem Jahre 1848 trat nämlich eine entscheidende Wendung in den gesetzgeberischen Arbeiten ein.

§ 73. Zu den Reformgesetzen gehört noch nicht die Braunschweigische Prozeßordnung vom 19. März 1850, denn gerade in allen wesentlichen Punkten lehnte sich das Gesetz an das bestehende Recht an.

Jene Reihe beginnt vielmehr mit der hannöverschen Civilprozeßordnung vom 8. November 1850. Diese hat eine Verbindung des mündlichen Verfahrens, wie es sich in Frankreich und in Genf gestaltet hatte, mit dem gemeinen Civilprozesse hergestellt, dem ersteren die Mündlichkeit, dem letzteren das Beweisurtheil entlehnt. Danach wird die Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet, die unter den Anwälten gewechselt werden. Darauf folgt die mündliche Verhandlung, die sich auf Grundlage dem Gericht zu überreichender oder zu Protokoll festzustellender Anträge mit kurzer Sachdarstellung aufbaut. Für diese Verhandlung ist die Eventualmaxime fallen gelassen. Ist ein Beweis nothwendig, so ergeht ein Beweisurtheil, das über Beweislast und Be-

Digitized by Google

weissatz entscheidet und selbständig anfechtbar ist. Die Berufung kann jedoch erst nach Erlaß des Endurtheils eingelegt werden, und die Partei hat dann die Wahl, das Beweisurtheil anzugreifen, wenn der Fehler in diesem steckt, oder nur gegen das Endurtheil zu appelliren. Für das Beweisverfahren gilt die Eventualmaxime. Die Beweisaufnahme soll vor dem Prozeßgericht stattfinden, sie kann nach dem Ermessen des Gerichts aber auch durch einen ersuchten oder beauftragten Richter geschehen. Jedenfalls verkümmerte die Mündlichkeit nach dem Beweisinterlokut. Seine Herübernahme ist denn auch aufs schärfste getadelt worden.

Die hannöversche Prozeßordnung ist für mehrere Gesetzgebungen vorbildlich gewesen, so zunächst für die badische vom 18. März 1864; doch unterscheidet sich letztere von der hannöverschen besonders dadurch, daß die Anordnung einer Beweisführung zwar Urtheil genannt wird, aber nicht selbständig anfechtbar ist und auch den Richter nicht bindet. Die badische Prozeßordnung mag in der Form und der Systematik hinter der hannöverschen zurückstehen, die Aufgabe des Beweisurtheils aber enthält jedenfalls einen Fortschritt.

Die württembergische Prozeßordnung vom 3. April 1868 schließt sich an die hannöversche an, benützt aber die Ergebnisse der Kommission, welche in Hannover einen Entwurf hergestellt hatte (siehe nächsten §) in selbständiger Weise.

Die bayerische Civilprozeßordnung vom 1. Februar 1869 lehnt sich stark an das französische Recht an, das in der Pfalz gegolten hatte.

Damit ist die Reihe der wirklich zu Stande gekommenen partikularen Prozeßordnungen geschlossen. In anderen Staaten wurden Entwürfe ausgearbeitet. Daneben war man aber auch vor 1866 auf den Erlaß einer gemeinsamen deutschen Civilprozeßordnung eifrig bedacht, und das württembergische und bayerische Gesetz sind nur erlassen worden, weil man nach 1866 die Hoffnung auf ein gemeinsames Gesetz fürs erste aufgegeben hatte.

§ 74.[1]) Der § 64 der Reichsverfassung vom 28. März 1849 bestimmte:

„Der Reichsgewalt liegt es ob, durch die Er-

[1]) Hierzu insbesondere Hellweg im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 61. S. 78—140. Auch Wach, Handbuch I S. 143 ff.

Digitized by Google

lassung allgemeiner Gesetzbücher über bürgerliches Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtliches Verfahren die Rechtseinheit im deutschen Volke zu begründen."

Nachdem die Reichsverfassung gescheitert und der deutsche Bund wiederhergestellt war, vergingen zunächst mehrere Jahre, ohne daß für die Herstellung eines einheitlichen Prozeßrechts etwas geleistet wurde. Am 17. Dezember 1859 wurde von einer Reihe deutscher Staaten beim Bundestage der Antrag gestellt, durch einen Ausschuß untersuchen und berichten zu lassen, ob eine gemeinsame deutsche Gesetzgebung auf dem Gebiete des Civilrechts und des Strafrechts wünschenswerth und ausführbar sei. Der am 12. August 1861 erstattete Bericht sprach sich bejahend aus, bezeichnete aber eine gemeinsame Gesetzgebung auf dem Gebiete des Prozeßrechts als nothwendige Folge der Herstellung gemeinsamen materiellen Rechts. Die Lösung der letzteren Aufgabe wurde in dem Bericht als nicht besonders schwierig dargestellt. Preußen bestritt die Zuständigkeit des Bundes, ein gemeinsames Recht herzustellen, und suchte die Freiheit der Landesregierungen zu selbständigem Vorgehen und zu gemeinsamen Vereinbarungen zu wahren. Der Bundestag beschloß jedoch am 17. Juli 1862 die Einberufung einer Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfs zu einer allgemeinen Civilprozeßordnung. Die Kommission trat am 15. September 1862 in Hannover zusammen, legte ihren Berathungen die hannöversche Prozeßordnung von 1850 zu Grunde und beendete ihre Arbeit am 24. März 1866, indem sie einen von ihr ausgearbeiteten Entwurf dem Bundestage vorlegte. Dieser sog. hannöversche Entwurf lehnte sich, wie zu erwarten, an seine Grundlage in allen wesentlichen Punkten an. Namentlich hat er die von der hannöverschen Prozeßordnung beliebte Cäsur des Verfahrens durch eine Beweisverfügung, welche den Grundsätzen über das Urtheil unterworfen wurde und präklusiv wirkte, aufgenommen.

Preußen hatte sich an den Arbeiten dieser Kommission nicht betheiligt, aber schon im Jahre 1864 einen eigenen, den preußischen Entwurf, veröffentlicht. Er war im wesentlichen eine Uebersetzung des code de procédure civile mit einigen Aenderungen und fand deshalb eine fast allgemein abfällige Beurtheilung. Den späteren Arbeiten ist er nicht zu Grunde gelegt worden.

Digitized by Google

Keiner der Entwürfe wurde Gesetz, denn die Ereignisse des Jahres 1866 traten dazwischen. Die Verfassung des norddeutschen Bundes vom 26. Juli 1867 unterwarf durch Artikel 4 Nr. 13 die gemeinsame Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren der Zuständigkeit des Bundes. Am 2. Oktober 1867 beschloß der Bundesrath auf einen preußischen Antrag die Wiederaufnahme der gesetzgeberischen Arbeiten, und am 3. Januar 1868 trat eine Kommission zusammen, welche bis zum 20. Juli 1870 thätig war und auf der Grundlage des hannöverschen Entwurfes von 1866 den sog. norddeutschen Entwurf ausarbeitete. Doch auch ihm war die Erhebung zum Gesetz nicht beschieden, weil die Ereignisse von 1870/71 dazwischentraten.

Schon während des Jahres 1870 wurde im preußischen Justizministerium ein neuer Entwurf ausgearbeitet, der im Jahre 1871 veröffentlicht wurde und dann die Bezeichnung „erster deutscher Entwurf" erhielt. Er warf endlich die Trennung des Verfahrens in zwei fest begrenzte Abschnitte ab.

Am 8. Mai 1871 ernannte der Bundesrath eine Kommission zum Zwecke der endgültigen Herstellung des Gesetzesentwurfes. Aus ihrer Arbeit ging der zweite deutsche Entwurf hervor, der im Jahre 1872 veröffentlicht wurde, den ersten Entwurf nur in wenigen Punkten änderte, aber die Eigenthümlichkeit enthielt, daß er die Berufung gegen die in erster Instanz von einem Kollegialgericht erlassenen Urtheile beseitigte und statt dessen nur eine frei gestaltete Revision und eine Oberrevision zuließ. Hiergegen erhob sich lebhafter Tadel, der Bundesrath überwies daher den Entwurf seinem Justizausschusse. Dieser stellte die Berufung wieder her und nahm noch andere Modifikationen vor. So entstand der dritte deutsche Entwurf.

Er wurde am 29. Oktober 1874 dem Reichstage vorgelegt, der die Berathung am 27. November 1874 begann. Dieser Entwurf sowohl als der einer Strafprozeßordnung, eines Gerichtsverfassungsgesetzes und einer Konkursordnung wurde einer Kommission, der Reichsjustizkommission, vorgelegt, welche Vollmacht erhielt, ihre Berathungen nach dem Schlusse der Session des Reichstages bis zum Beginne der nächsten ordentlichen Session fortzusetzen. Die Kommission hielt eine zweimalige Lesung ab, änderte zahlreiche Bestimmungen, ließ aber die Grundlagen des

Digitized by Google

Entwurfs unberührt. Am 18. November 1876 nahm der Reichstag, nachdem er wegen einzelner Bedenken des Bundesraths die Vorlage an die Kommission zurückverwiesen hatte, den Entwurf nach den Beschlüssen der Kommission in zweiter Lesung an. Am 21. Dezember 1876 erfolgte jedoch erst die endgültige Annahme, da über einige Bestimmungen der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundesrath und Reichstag entstanden waren, die nur durch ein Kompromiß beigelegt werden konnten, aber auch die Annahme der Civilprozeßordnung gefährdeten, weil die gesammten Reichsjustizgesetze als eine Einheit betrachtet wurden und die Legislaturperiode mit dem Jahre 1876 ablief.

Am 30. Januar 1877 wurde nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes das Gesetz durch den Kaiser vollzogen, und am 1. Oktober 1879 trat es in Kraft.

Seitdem erfreut sich das deutsche Reich eines einheitlichen Prozeßrechts. Die Darstellung dieses Rechts ist die Aufgabe des dritten Theils des vorliegenden Werkes.

Digitized by Google

Von demſelben Verfaſſer erſchien im gleichen Verlage:

Der Civilprozeß.

Geſchichte und Syſtem.

Erſter Band:

Allgemeiner Theil.

Preis: 2 Mk. 80 Pf.

Zweiter Band:

Erſtes Heft:

Der mittelalterlich-deutſche Prozeß.

Preis: 1 Mk. 60 Pf.

Zweites Heft:

Der römiſche Civilprozeß.

Preis: 2 Mk. 40 Pf.

In Vorbereitung:

Dritter Band:

Darſtellung des heutigen Civilprozeßrechts.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schl.

12/29/55

Digitized by Google

Digitized by Google

Verlag von Wilhelm Koebner (Inhaber: M. & H. Marcus) in Breslau.

Baumbach, Karl, **Der deutsche Reichstag.** Mk. 0,75.

Bruck, F., **Fort mit den Zuchthäusern!** Mk. 1,50.

Ebert, E., **Das amtsgerichtliche Dezernat.** Beispiele und Verfügungsentwürfe für die gesamte amtsrichterliche Thätigkeit nach Reichs- und Landrecht unter Anführung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. 2. vermehrte und verbesserte Auflage, gebunden Mk. 9,00.

Eberty, E. G., **Gewerbegerichte und Einigungsämter.** Mit einem Anhang: Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte, vom 29. Juli 1890. Mk. 0,75.

Engelmann, A., **Das preußische Privatrecht** in Anknüpfung an das gemeine Recht systematisch dargestellt. 5. Auflage, gebunden. Mk. 8,00.

Hassenpflug, R., **Die erste Kammergerichtsordnung Kurbrandenburgs.** Mk. 2,00.

Heilborn, Arthur, **Das deutsche Reichs-Preßrecht.** Mk. 0,75.

Hirsch, Max, **Die Arbeiterschutz-Gesetzgebung.** Mit einem Anhang: **Gesetz, betreffend Abänderung der Gewerbeordnung**, vom 1. Juni 1891. 2. Auflage. Mk. 0,75.

Hirsch, Max, **Das Invaliditäts- und Altersversicherungs-Gesetz.** Mit einem Anhang: **Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung**, vom 22. Juni 1889. 3. Auflage. Mk. 0,75.

Mandowski, O., **Hundert Stellen aus dem Corpus iuris** (Digesten) mit ausführlicher Interpretation. 3. verbesserte Auflage. Brosch. Mk. 2,50. Geb. Mk. 3,00.

Schneider, Fritz, **Das deutsche Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889.** Mk. 0,75.

Sontag, Ernst, **Der besondere Schutz der Mitglieder des deutschen Reichstags und der deutschen Landtage gegen Strafverfolgung und Verhaftung.** Mk. 2,00.

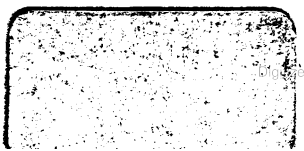
Voeller, M., **Römische Staats- und Rechtsaltertümer.** Ein Kompendium für das Studium und die Praxis. 2. vermehrte und verbesserte Auflage. Brosch. Mk. 8,00. Geb. Mk. 9,00.

Buchdruckerei-Mareßke & Märtin, Trebnitz i. Schl.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google